موسوعة الإمام الخوئي

[illegible]

[illegible]

[illegible]

(١٣١٧ ـ ١٤١٣ هـ)

٣٣

موسوعة الإمام الخوئي

بسم الله الرحمن الرحیم

المستند فی شرح العروه الوثقی (موسوعة الامام الخوئی)

کاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

موسسه احیاء آثار الامام الخوئی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

المستند فی شرح العروه الوثقی (موسوعه الامام الخوئی) المجلد ۳۳

اشاره

سرشناسه : خوئی، سید ابوالقاسم، ۱۲۷۸ - ۱۳۷۱.

عنوان و نام پدیدآور : المستند فی شرح العروه الوثقی/ [محمدکاظم یزدی]؛ تقریرا الابحاث ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ تالیف مرتضی البروجردی.

مشخصات نشر : قم: موسسه احیاء آثارالامام الخوئی (قدس)، ۱۴ق.= ۲۰م.= ۱۳.

مشخصات ظاهری : ج.

فروست : موسوعه الامام الخوئی.

شابک : ج.۱۱، چاپ دوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۹ ؛ ج. ۱۱، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۳-۰ ؛ ج. ۱۲، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۴-۹ ؛ ج. ۱۳، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۸۱۲-۴۶-X ؛ ج. ۱۴: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۰-۳ ؛ ج. ۱۵: ۹۶۴-۶۸۱۲-۵۳-۸ ؛ ج. ۱۶، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۰-۴ : ؛ ج. ۱۷، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۴-۷ ؛ ج. ۱۸، چاپ سوم: ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۳-۹ ؛ ج. ۱۹، چاپ سوم ۹۶۴-۶۳۳۷-۰۲-۰ :

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتاب حاضر قبلا تحت عنوان "مستندالعروه الوثقی" به چاپ رسیده است.

یادداشت : فهرست نویسی بر اساس جلد یازدهم: ۱۴۲۱ق. = ۲۰۰۰م. = ۱۳۷۹.

یادداشت : ج.۱۱(چاپ دوم: ۱۴۲۶ق.= ۲۰۰۵م.= ۱۳۸۴).

یادداشت : ج. ۱۱ -۱۸ (چاپ سوم : ۱۴۲۸ق. =۲۰۰۷م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : ج.۱۴ (چاپ سوم:۱۴۲۱ق.= ۱۳۷۹).

یادداشت : ج.۳۰ (چاپ؟: ۱۴۲۲ ق. = ۱۳۸۰).

یادداشت : ج.۳۰ (چاپ سوم: ۱۴۲۸ق. = ۲۰۰۷م. = ۱۳۸۶).

یادداشت : عنوان عطف: شرح عروه الوثقی.

یادداشت : کتابنامه.

مندرجات : ج.۱۱ الصلاه.-ج.۳۰. الاجاره.

عنوان عطف : شرح عروه الوثقی.

عنوان دیگر : العروه الوثقی. شرح.

عنوان دیگر : شرح العروه الوثقی.

موضوع : یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، سیدمحمدکاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق.

شناسه افزوده : بروجردی، مرتضی، ۱۹۲۹ - ۱۹۹۸ م

شناسه افزوده : موسسه احیاء آثار الامام الخوئی (ره)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ی۴ع۴۰۲۱۳۷۷ ۱۳۰۰ ی الف

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۹-۲۱۱۶۷س

[تتمه كتاب النكاح]

[فصل فى الجمع بين الحرّه و الأمه]

اشاره

فصل [في الجمع بين الحرّه و الأمه]

[تمهيد]

الأقوى جواز نكاح الأمه على الحرّه مع إذنها (۱).

فصل

(۱) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات غير واحد من القدماء و المتأخرين.

نعم، نسب الشيخ (قدس سره) إلى جماعه من الأصحاب القول بعدم الجواز «۱» غير أن صاحب الحدائق (قدس سره) قد استشكل فى ذلك، و حمل كلام هؤلاء الجماعه على صوره عدم تماميه شرائط جواز التزوج من الأمه «۲».

و كيف كان، فقد استدل لمذهب المشهور بصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام): هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حرّه؟ قال: «نعم، إذا رضيت الحرّه». قلت: فإن أذنت الحرّه يتمتع منها؟ قال: «نعم» «۳».

و هذه الصحيحه و إن كان موردها المتعه، إلّا أنّه لا بدّ من التعدى إلى العقد الدائم أيضاً، لعدم القول بالفصل. و غير بعيد أن يكون اختصاص السؤال بالمتعه، من جهه أن إذن الحرّه فيها أيسر و أسهل من الإذن فى العقد الدائم.

و بإزاء هذه الصحيحه صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «تزوّج الحرّه على الأمه و لا تزوّج الأمه على الحرّه، و من تزوّج أمه على حرّه

---

(۱) النهايه: ۴۵۹.

(۲) الحدائق ۲۳: ۵۷۰.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۱۶ ح ۱.

و الأحوط (۱) اعتبار الشرطين: من عدم الطَّول، و خوف العَنَت. و أما مع عدم إذنها فلا يجوز، و إن قلنا فى المسأله المتقدِّمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطين (۲) بل هو باطل (۳). نعم، لو أجازت بعد العقد صحّ على الأقوى (۴) بشرط تحقق

فنكاحه

باطل» «۱». و غيرها من الأخبار.

و مقتضى الجمع بينهما حمل الثانيه على صوره عدم الإذن من الحرّه.

هذا و لو قطعنا النظر عن معارضه الصحيحتين، فإن صحيحه الحلبى و غيرها من أدلّه المنع معارضه بما دلّ على الجواز فى فرض خشيه العنت و عدم الطول أو الاضطرار على ما دلّت عليه الآيه الكريمه و النصوص الكثيره المتقدِّمه إذ أن مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين من كانت عنده حرّه و غيره، كما أن مقتضى إطلاق الصحيحه و غيرها عدم الفرق بين موارد الاضطرار و غيرها. و حينئذٍ فيتعارضان و يسقطان، و يكون المرجع هو عمومات الحلّ، و مقتضاها جواز التزوج من الأمه فى هذا الحال، متعه كان أو دواماً.

فإن قلت: إذن فما الدليل على اعتبار إذن الحرّه فى جواز نكاح الأمه؟

قلت: إنّ الدليل هو صحيحه ابن بزيع، فإنّه إذا اعتبر الإذن فى النكاح المنقطع الذى هو أهون حالًا من العقد الدائم و لا سيّما إذا كانت المدّه قصيره جدّاً اعتبر الإذن فى العقد الدائم بطريق أولى قطعاً.

و بالجمله فما ذهب إليه المشهور من القول بالجواز مع إذن الحرّه هو الصحيح.

(۱) بل الأقوى، لما تقدّم.

(۲) فإن كلا منهما شرط مستقل و له دليله الخاص، فلا يلزم من القول بعدم اعتبار أحدهما القول بعدم اعتبار الآخر.

(۳) لصحيحه الحلبى المتقدِّمه.

(۴) كما اختاره جمله من الأصحاب، خلافاً للشرائع و غيرها حيث التزموا بالبطلان «۲» بل فى بعض الكلمات دعوى الإجماع عليه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ۴۶ ح ۱.

(۲) شرائع الإسلام ۲: ۳۴۰.

....

و كيف كان، فالإجماع غير متحقق يقيناً، و القواعد تقتضى البطلان، فإن العقد حين وقوعه لما كان باطلًا،

فصحته بعد ذلک تحتاج إلی الدلیل.

و قد ذکرنا فی مسأله التزوج من بنت الأخ من دون إذن العمه أو بنت الأُخت من دون إذن الخاله ثم أذنتا، أن العقد الفضولی و إن کان صحیحاً علی القاعده، إلّا أن ذلک إنّما یختص بما إذا کانت إجازه من له الأمر موجبه لاستناد العقد إلی المجیز، و لا یشمل مثل المقام الذی قد تحقق استناد العقد إلی الرجل فی حینه و کانت صحته متوقفه علی إذن شخص معین تعبداً، فإن العقد حینئذٍ حین انتسابه لم یکن صحیحاً و لیس بعده عقد، فلا موجب للحکم بالصحّه.

و بعباره اخری: إن صحّه العقد الفضولی بالإجازه اللّاحقه إنّما تکون علی القاعده فإنّ العقد بالإجازه یستند إلی المجیز و من له الأمر، فتشمله العمومات الدالّه علی الصحّه. و أما إذا کان العقد مستنداً إلی من له الأمر و کان محکوماً بالبطلان، فلا تکون إجازه من اعتبرت إجازته تعبداً مصححه له.

نعم، ذکرنا هناک أیضاً أنّ القاعده و إن کانت تقتضی البطلان، إلّا أنّه لا بدّ من الخروج عنها فی مثل هذه الموارد، للتعلیل المذکور فی صحیحه زراره عن أبی جعفر (علیه السلام) فی مملوک تزوّج بغیر إذن سیده، حیث ورد فیها قوله (علیه السلام): «إنّه لم یعص اللّه، و إنّما عصی سیده، فإذا أجازه فهو له جائز» «۱». فإنّ مقتضاه هو الحکم بصحّه کل عقد لم یشتمل علی معصیه اللّه تعالی کالجمع بین الأُختین بل کان حلالًا فی نفسه، غایه الأمر کان فاقداً لإذن من یعتبر إذنه، خاصه فیما إذا لحقته الإجازه کالمقام.

و الحاصل إن المقام یلحق بالعقد الفضولی فی الحکم بالصحّه فیما إذا لحقته الإجازه. لکن بفارق أن الحکم فی العقد الفضولی للقاعده،

فی حین أنّه فی المقام للتعلیل المذکور فی النص.

هذا و ربّما یستدل للصحّه بصحیحه ابن بزیع المتقدِّمه، بدعوی أنّها مطلقه من

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۴ ح ۱.

....

حیث تقدّم الإذن و تأخّره.

إلّا أنّه مدفوع بأنّ الظاهر من قوله (علیه السلام): «نعم، إذا رضیت الحرّه» هو اعتبار الإذن فی صحّه العقد و التمتع، بمعنی کونه فی مرحله سابقه علی العقد بحیث لا یجوز العقد إلّا به، فلا تشمل الرضاء المتأخر بالتمتع السابق.

ثم إن الشیخ (قدس سره) قد حکم فی المقام بتخیّر الحرّه بین إمضاء عقد الأمه، أو فسخه، أو فسخ عقد نفسها «۱».

مستدلّاً علیه بموثقه سماعه عن أبی عبد اللّه (ع) عن رجل تزوّج أمه علی حرّه فقال: «إن شاءت الحرّه تقیم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلی أهلها». قال: قلت: فإن لم ترض و ذهبت إلی أهلها، إله علیها سبیل إذا لم ترض بالمقام؟ قال: «لا سبیل علیها إذا لم ترض حین تعلم». قلت: فذهابها إلی أهلها طلاقها؟ قال: «نعم، إذا خرجت من منزله اعتدَّت ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء، ثم تتزوج إن شاءت» «۲». و هذه الموثقه تدل علی تخیرها فی عقد نفسها، و أما تخیرها فی عقد الأمه فهو قد ثبت بالأدله السابقه.

و ما أفاده (قدس سره) هو الصحیح لو تمّ متن الروایه. غیر أن الأمر لیس کذلک فإن الکلینی (قدس سره) قد رواها بعین السند و المتن فیما عدا اختلاف یسیر، فإنّه ذکر فی الکافی هکذا: فی رجل تزوّج امرأه حرّه و له امرأه أمه و لم تعلم الحرّه أنّه له امرأه، قال: «إن شاءت الحرّه»

الحديث «۳». فتكون الموثقه على هذا أجنبيه عمّا نحن فيه.

و حيث لا يحتمل تعدّد الروايتين، فلا محاله قد وقع الخطأ فى إحدى النسختين و من هنا فيتعيّن ترجيح نسخه الكلينى (قدس سره) لكونه (قدس سره) أضبط نقلًا من الشيخ (قدس سره)، فإنّ أخطاء الشيخ (قدس سره) فى التهذيب و الاستبصار كثيره، بل ذكر صاحب الحدائق (قدس سره) أنّه قلّما توجد فيهما روايه تخلو من

---

(۱) النهايه: ۴۵۹.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ۴۷ ح ۳.

(۳) الكافى ۵: ۳۵۹.

الشّرطين على الأحوط (۱).

و لا فرق فى المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين (۲) بل الأقوى عدم الفرق (۳) بين إمكان وطء الحرّه و عدمه، لمرض أو قرن أو رتق، إلّا مع عدم الشرطين [۱] (۴).

نعم، لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّه قابله للإذن (۵) لصغر أو جنون

الخطأ فى السند أو المتن. و ما ذكره (قدس سره) و إن كان لا يخلو من مبالغه و مسامحه فإنّه ما أكثر الروايات التى تخلو من الخطأ فى السند و المتن فيهما، غير إن وجود الخطأ فيهما ليس بعزيز.

و على كل فلا أقل من الالتزام بتساقطهما، و حينئذٍ فلا يبقى دليل على تخيّرها فى عقد نفسها.

(۱) لبنائه (قدس سره) الحكم فى أصل المسأله على الاحتياط.

(۲) أما بالنسبه إلى عقد الحرّه، فلإطلاق قوله فى صحيحه ابن بزيع: (و له امرأه حرّه). و أما بالنسبه إلى عقد الأمه، فالنص المذكور و إن كان وارداً فى خصوص المتعه، إلّا أنّك قد عرفت أنّه لا بدّ من التعدى عنها إلى عقد الدوام أيضاً، للأولويه القطعيه.

(۳) لإطلاق الدليل.

(۴) لم يظهر وجه

لهذا الاستثناء، إذ الكلام إنّما هو فی فرض تحقق الشرطین، و إلّا یتعیّن القول بعدم الجواز جزماً أو احتیاطاً علی الخلاف.

(۵) نظراً لانصراف دلیل اشتراط إذن الحرّه أعنی صحیحه ابن بزیع إلی القابله له، علی ما هو الظاهر منها عرفاً، و علیه فیرجع فی غیرها إلی عمومات الحلّ.

و من هنا یظهر الفرق بین هذه المسأله و مسأله اعتبار إذن العمه و الخاله فی التزوج من بنت الأخ أو بنت الأُخت، حیث ذکرنا فیها أنّه لا فرق فی اعتبار إذنهما بین کونهما

---

[۱] هذه الجمله زائده أو أنّ فی العباره تقدیماً و تأخیراً.

خصوصاً (۱) إذا کان عقدها انقطاعیاً، و لکن الأحوط مع ذلک المنع.

و أمّا العکس و هو نکاح الحرّه علی الأمه فهو جائز و لازم إذا کانت الحرّه عالمه بالحال (۲).

قابلتین للإذن و عدمه.

و الوجه فی ذلک إن نصوص تلک المسأله دالّه علی عدم جواز التزوج من بنت الأخ علی العمه و بنت الأُخت علی الخاله علی الإطلاق، غیر إننا قد خرجنا عنه فی فرض إذنهما لبعض النصوص الخاصه، و من هنا فإذا فرضنا عدم قابلیتهما للإذن کانت إطلاقات المنع هی المحکمه. و هذا بخلاف المقام، إذ قد عرفت أنّ مقتضی القاعده هو الجواز، نظراً لتعارض أدلّه المنع مع ما دلّ علی الجواز فی فرض الضروره، غایه الأمر إننا قد اعتبرنا إذن الحرّه لصحیحه ابن بزیع، و حیث قد عرفت أنّها منصرفه إلی فرض قابلیتها للإذن، فلا محاله یکون المرجع فی فرض عدم قابلیتها للإذن هو عمومات الحلّ و الجواز.

(۱) لم یظهر وجه للخصوصیّه، بعد ما تقدّم من عدم الفرق بین کون العقدین دوامیین أو انقطاعیین أو مختلفین. نعم،

لا يبعد دعوى انصراف الدليل عن بعض أقسام الانقطاع الذى لا يقصد به الاستمتاع كالتزوج منها لكى تحرم أَمها عليه أبداً غير أن هذا لا يختص بالزوجه الصغيره أو المجنونه، بل يجرى حتى فى الزوجه الكبيره العاقله.

(۲) لموثقه سماعه المتقدِّمه بناءً على نسخه الكلينى (قدس سره). و على فرض سقوطها نتيجه لمعارضتها لنسخه الشيخ (قدس سره)، تكفينا صحيحه يحيى الأزرق قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل كانت له امرأه وليده فتزوج حرّه و لم يعلمها بأنّ له امرأه وليده، فقال: «إن شاءت الحرّه أقامت، و إن شاءت لم تقم». قلت: قد أخذت المهر فتذهب به؟ قال: «نعم، بما استحل من فرجها» «۱».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ۴۷ ح ۱.

و أمّا مع جهلها، فالأقوى خيارها فى بقائها مع الأمه، و فسخها و رجوعها إلى أهلها (۱). و الأظهر عدم وجوب أعلامها بالحال (۲). فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

ثم إنّ صاحب الوسائل (قدس سره) قد اقتصر فى ذكر اسم راوى هذه الروايه على يحيى بن الأزرق، و هو إن كان نتيجه سقط فى النسخ فهو، و إلّا فهو خلاف أُصول نقل الحديث. فإنّ يحيى هذا مشترك بين يحيى بن حسان الأزرق المجهول و يحيى بن عبد الرحمٰن الأزرق الثقه، مع أن الشيخ (قدس سره) قد روى هذه الروايه فى التهذيب عن يحيى بن عبد الرحمٰن الأزرق «۱».

فالروايه على هذا صحيحه السند، و إن عبّر عنها فى الجواهر بخبر يحيى بن الأزرق «۲».

(۱) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه موثقه سماعه و صحيحه يحيى بن عبد

الرحمٰن الأزرق.

(٢) بلا إشكال، لعدم الدليل عليه، إذ غايه ما دلّ عليه الدليل هو ثبوت الخيار لها عند علمها بالحال، و هذا لا يعنى وجوب أعلامها بذلك، كما هو الحال فى سائر موارد الخيار فى العقود، كالعيب و الغبن و ما شاكلهما. بل يمكن استفاده عدم الوجوب من موثقه سماعه و صحيحه ابن الأزرق، باعتبار أن الإمام (عليه السلام) فيهما لما كان فى مقام البيان، فعدم ذكره لوجوب الإعلام يكون دليلًا على عدمه.

و من الغريب ما حكاه صاحب الجواهر (قدس سره) عن الرياض من أنّه قال: و لو أدخل الحرّه على الأمه جاز، و لزم علم الحرّه بأن تحته أمه إجماعاً و نصوصاً. ثم أشكل عليه بأنّه لم نتحقق ذلك، و ذكر أنّ من الممكن أن يريد الإجماع و النصوص على الحكم الأوّل، أعنى الجواز «٣».

---

(١) التهذيب ٧: ٣۴۵/ ١۴١٣.

(٢) الجواهر ٢٩: ۴١٢.

(٣) الجواهر ٢٩: ۴١٣.

[مسأله ١: لو نكح الحرّه و الأمه فى عقد واحد مع علم الحرّه صحّ]

[٣٧٩۴] مسأله ١: لو نكح الحرّه و الأمه فى عقد واحد مع علم الحرّه صحّ (١). و مع جهلها صحّ بالنسبه إليها، و بطل بالنسبه إلى الأمه (٢) إلّا مع إجازتها (٣).

و الظاهر أنّ نسخته (قدس سره) كانت مغلوطه، و الصحيح إضافه كلمه (مع) بعد قوله (لزم) كما هو الحال فى النسخ المطبوعه من الرياض و إلّا لكانت العباره غير مستقيمه جزماً، إذ ينبغى أن تكون (و لزم إعلام الحرّه) لو كان المقصود هو ما ذكره صاحب الجواهر (قدس سره).

(١) باعتبار أنّ رضا الحرّه بهذا العقد مع علمها بالحال رضا بتزوج الرجل من الأمه، فتشمله أدله جواز إدخال الأمه على الحرّه إذا رضيت بذلك.

(٢) لصحيحه أبى عبيده الحذاء عن أبى جعفر (عليه السلام)،

قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوّج امرأه حرّه و أمتين مملوكتين فى عقد واحد، قال: «أما الحرّه فنكاحها جائز، و إن كان سمّى لها مهراً فهو لها. و أما المملوكتان فإنّ نكاحهما فى عقد مع الحرّه باطل، يفرق بينه و بينهما» «۱».

(۳) و الوجه فيه بعد إطلاق صحيحه أبى عبيده المقتضى للبطلان، بلا فرق بين علم الحرّه و جهلها، و الإذن و عدمه هو ما ادعاه صاحب الجواهر (قدس سره) من اليقين بتقييدها بصوره عدم الإذن و الرضا «۲». و هو غير بعيد، و لعلّ منشأه الروايات التى دلت على جواز إدخال الأمه على الحرّه بإذنها، فإنّه إذا جاز إدخالها عليها برضاها، جاز الاقتران بطريق أولى.

هذا و يمكن أن يقال فى توجيه الحكم: إنّ صحيحه أبى عبيده معارضه للآيه الكريمه الدالّه على جواز التزوج من الأمه عند عدم الطول و خشيه العنت، و النصوص الدالّه عليه مع الضروره، باعتبار أن النسبه بينهما إنّما هى نسبه العموم و الخصوص من وجه. فيتعارضان فى مورد الاجتماع، حيث إنّ مقتضى الآيه هو الجواز، فى حين أن مقتضى صحيحه أبى عبيده هو المنع. و عليه فإن قلنا بترجيح الآيه فهو، و إلّا كان

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب ما يحرم بالمصاهره، ب ۴۸ ح ۱.

(۲) الجواهر ۲۹: ۴۱۴.

و كذا الحال لو تزوجهما بعقدين فى زمان واحد، على الأقوى (۱).

[مسأله ۲: لا إشكال فى جواز نكاح المبعضه على المبعضه]

[۳۷۹۵] مسأله ۲: لا إشكال فى جواز نكاح المبعضه على المبعضه (۲). و أمّا على الحرّه ففيه إشكال، و إن كان لا يبعد جوازه (۳) لأنّ الممنوع نكاح الأمه على الحرّه، و لا يصدق الأمه على المبعضه، و إن

كان لا يصدق أنّها حرّه أيضاً (۴).

[مسأله ۳: إذا تزوَّج الأمه على الحرّه، فماتت الحرّه أو طلّقها]

[۳۷۹۶] مسأله ۳: إذا تزوَّج الأمه على الحرّه، فماتت الحرّه أو طلّقها، أو وهب مدّتها فى المتعه أو انقضت، لم يثمر فى الصحّه (۵) بل لا بدّ من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

مقتضى تساقطهما هو الرجوع إلى عمومات الجواز.

و مقتضى هذا التقرير و إن كان هو الجواز حتى مع عدم رضا الحرّه، إلّا أننا لما علمنا بأنّ للحرّه حقاً على الأمه كما يظهر ذلك مما دلّ على تخيّر الحرّه فى عقد نفسها إذا دخلت هى على الأمه، و فى عقد الأمه إذا دخلت الأمه عليها كان تخيّرها عند الجمع بينهما فى عقد واحد فى عقد نفسها أو عقد الأمه ممّا لا ينبغى الشكّ فيه، إذ أنّ الجمع بينهما لا يقصر عن دخولها على الأمه أو العكس.

غير أنّ الاحتمال الأوّل أعنى تخيّرها فى عقد نفسها لما كان مخالفاً لصريح صحيحه أبى عبيده، تعيّن الثانى لا محاله، فيحكم حينئذٍ بالبطلان لو لم تجز الحرّه العقد.

(۱) و ذلك للقطع بعدم خصوصيّه وحده العقد فى الحكم، و إنّما العبره باقتران التزويجين.

(۲) من دون اعتبار لإذنها، لعدم شمول الأدله لها، باعتبار عدم صدق الحرّه عليها.

(۳) لعمومات الحل، بعد عدم شمول أدلّه المنع لها لما ذكر فى المتن.

(۴) لكونها ملفّقه منهما.

(۵) لأنّه حينما حدث و وقع فى الخارج لم يكن مشمولًا لأدلّه لزوم الوفاء بالعقد و الصحّه باعتبار أنّه يعتبر فيها إذن الحرّه و هو لم يتحقق بحسب الفرض و بعد انقطاع

[مسأله ۴: إذا كان تحته حرّه فطلقها طلاقاً بائناً]

[۳۷۹۷] مسأله ۴: إذا كان تحته حرّه فطلقها طلاقاً بائناً، يجوز له نكاح الأمه فى عدّتها (۱). و إما إذا كان الطلاق رجعيا ففيه إشكال، و إن كان لا يبعد الجواز

[١]، لانصراف الأخبار عن هذه الصوره (٢).

عصمه الحرّه لم يكن هناك عقد جديد كى يحكم بصحته، و حيث إنّ الانقلاب غير معقول، فلا بدّ من الحكم ببطلانه.

و بعباره اخرى: إنّ أدله اللزوم و الصحّه ناظره إلى إمضاء العقد من حين وقوعه. و حيث إنّ العقد فى المقام لم يكن مشمولًا لها من ذلك الحين، لعدم تحقق الإذن فشمولها له بعد ذلك يحتاج إلى الدليل، نظير ما يذكر فى علم البائع و المشترى بالثمن بعد العقد مع جهلهما به فى حينه. و حيث إنّ الدليل فى المقام منحصر فيما دلّ على اعتبار إذن الحرّه و هو لم يتحقق، فمقتضى القاعده هو البطلان.

(١) لانقطاع عصمتها، و معه فلا يصدق عليه أنّه أدخل أمه على امرأته الحرّه، فلا تشمله نصوص المنع.

(٢) سواء أقلنا بأنّ المعتده رجعيه زوجه حقيقه، أم قلنا بأنّها فى حكم الزوجه. و ذلك لظهور قوله فى صحيحه ابن بزيع المتقدِّمه: (و له امرأه حرّه) فى كونه ذا زوجه حرّه باعتباره و نظره، و حيث إنّ المطلقه رجعيه ليست كذلك و إن كانت زوجه بحكم الشارع، كانت الصحيحه قاصره الشمول عن مثلها.

و بعباره اخرى: إنّ المطلقه رجعيه و إن كانت زوجه بحكم الشارع، إلّا أنّ سؤال الراوى فى صحيحه ابن بزيع منصرف عنها و لا يشملها، و حينئذٍ فمقتضى العمومات هو الجواز.

هذا كلّه فيما إذا لم يرجع الزوج بالزوجه فى أثناء العدّه، و إلّا فلا ينبغى الشكّ فى صدق أنّه تزوّج من أمه و له امرأه حرّه، فإنّ الرجوع لا يحدث زوجيه جديده حتى فى اعتبار الزوج و نظره، و إنّما هو إبطال للطلاق و إزاله لأثره، و حينئذٍ فيتعيّن اعتبار إذن الحرّه لا محاله.

---

[١] هذا

إذا لم يرجع إليها بعد التزويج بالأمه، و إلّا فالحكم بالجواز بعيد جدّاً.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۱

[مسأله ۵: إذا زوّجه فضولی حرّه فتزوّج أمه ثم أجاز عقد الفضولی]

[۳۷۹۸] مسأله ۵: إذا زوّجه فضولی حرّه فتزوّج أمه ثم أجاز عقد الفضولی فعلی النقل لا- یکون من نکاح الأمه علی الحرّه فلا مانع منه (۱) و علی الکشف مشکل (۲).

[مسأله ۶: إذا عقد علی حرّه، و عقد وکیله له علی أمه، و شکّ فی السابق منهما]

[۳۷۹۹] مسأله ۶: إذا عقد علی حرّه، و عقد وکیله له علی أمه، و شکّ فی السابق منهما، لا یبعد صحتهما (۳) و إن لم تجز الحرّه. و الأحوط طلاق الأمه مع

---

(۱) نظراً لتأخر زوجیه الحرّه عن زوجیه الأمه بحسب الفرض فلا تشمله أدلّه اعتبار إذن الحرّه فی نکاح الأمه.

(۲) و الظاهر هو التفصیل، نظیر ما تقدّم فی مسأله الجمع بین العمه و بنت الأخ أو الخاله و بنت الأُخت.

فإنّه بناءً علی الکشف الحکمی لا ینبغی الإشکال فی عدم اعتبار إذن الحرّه، باعتبار أنّ استناد زوجیتها إلیه إنّما یکون من حین الإجازه و إن ترتبت الآثار و الأحکام من حین وقوع العقد تعبداً، إلّا أنّ ذلک لا یعتبر من التزویج بالحرّه قبل الأمه، و حینئذٍ فیکون الحال علی هذا کالقول بالنقل.

و أما بناءً علی الکشف الحقیقی بمعنی انکشاف استناد العقد إلیه من حینه بحیث تکون الإجازه کالبیّنه فلا ینبغی الإشکال فی صدق عنوان إدخال الأمه علی الحرّه نظراً لکون زوجیه الحرّه علی هذا موجوده قبل زوجیه الأمه و سابقه علیها، فلا بدّ من اعتبار إذنها للنصوص المتقدِّمه.

و أما بناءً علی الانقلاب فلا- تخلو المسأله من إشکال، باعتبار أن زوجیه الحرّه و إن کانت سابقه علی زوجیه الأمه، إلّا أنّها لما کانت سابقه من حین الإجازه بمعنی أنّها من حین الإجازه تصبح کذلک و کان ظاهر صحیحه ابن بزیع کونها سابقه علی زوجیه الأمه فی حین وقوع العقد علی الأمه، فلا تشمله هذه الصحیحه، و

حينئذٍ فلا يخلو الحكم من إشكال.

(۳) أما عقـد الحرّه فلكونه صـحيحاً على كل حال، سواء أ كان سابقاً أم لاحقاً، إذ الممنوع إنّما هو إدخال الأمه على الحرّه، و أما إدخال الحرّه على الأمه فلا إشكال فيه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۲

عدم إجازه الحرّه (۱).

و من هنا فيحكم بصحّه عقد الحرّه لا محاله.

و أمّا عقـد الأـمه فلأـن الممنوع إنّمـا هو إدخالها على الحرّه بمعنى أن تكون عنـده حين التزوج من الأمه زوجه حرّه و حيث إنّه مشكوك، فيستصحب عدمه إلى حين التزوج من الأمه. و لا يعارض ذلك باستصحاب عدم التزوج من الأمه إلى حين التزوج من الحرّه، لعدم الأثر له فى المقام، لأنّه لا يثبت تأخر عقد الأمه إلّا بالملازمه فيكون من الأُصول المثبته.

هذا و لكن الصحيح أن يقال بأنّ للمسأله صوراً:

فقد يُفرض أن الحرّه لا تفسخ عقد نفسها، و لا ترضى بعقد الأمه أيضاً.

و قد يُفرض أنّها تأذن فى عقد الأمه، لكنها تفسخ عقد نفسها.

و ثالثه يُفرض أنّها تفسخ عقد نفسها و عقد الأمه معاً.

فإنّ الحكم يختلف باختلاف هذه الفروض.

ففى الفرضين الأولين يحكم بصحّه العقـدين معاً: لاستصحاب عدم التزوج بالحرّه إلى حين التزوج من الأمه فى الفرض الأول، فلا تشملها نصوص المنع عن إدخال الأمه على الحرّه. و لاستصحاب عدم التزوج من الأمه إلى حين التزوج من الحرّه فى الفرض الثانى، فلا تشملها أدلّه ثبوت الخيار للحرّه فيما إذا أُدخلت على الأمه.

و أما فى الفرض الثالث فلا مجال للحكم بصحتهما معاً، للعلم الإجمالى ببطلان أحد العقـدين فى الواقع. فإنّه لو كان عقد الأمه هو المتأخر كان نكاحها باطلًا، لعدم إذن الحرّه. و إن كان عقدها هو المتقدم كان عقد الحرّه باطلًا،

لفسخها نكاح نفسها. و حينئذٍ فلا بدّ من التخلص من المشكله، أما من طلاق الزوجه الواقعيه فتنفصلان منه معاً، و أما من الرجوع إلى القرعه لتعيين الزوجه منهما عن الأجنبيه، نظراً لكونها لكل أمر مشكل، و هذا منه.

(١) و لعلّه (قدس سره) ناظر إلى خصوص الفرض الثالث، و معه فقد عرفت أنّ له طريقاً آخر غير الطلاق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٣

[مسأله ٧: لو شرط فى عقد الحرّه أن تأذن فى نكاح الأمه عليها صحّ]

[٣٨٠٠] مسأله ٧: لو شرط فى عقد الحرّه أن تأذن فى نكاح الأمه عليها صحّ (١) و لكن إذا لم تأذن لم يصحّ (٢) بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمه [١] (٣).

[فصل فى نكاح العبيد و الإماء]

اشاره

فصل فى نكاح العبيد و الإماء

[مسأله ١: أمر تزويج العبد و الأمه بيد السيد]

[٣٨٠١] مسأله ١: أمر تزويج العبد و الأمه بيد السيد، فيجوز له تزويجهما و لو من غير رضاهما، أو إجبارهما (۴) على ذلك. و لا يجوز لهما العقد على نفسهما

---

(١) لعموم ما دلّ على نفوذ الشرط.

(٢) فإنّ شرطيه إذنها لا تسقط بعصيانها لأمر الوفاء بالشرط.

(٣) باعتبار أنّ مرجعه إلى توكيل الزوج فى الإذن، و قد عرفت فيما تقدّم أنّ الوكاله إذا كانت شرطاً فى عقدٍ لازم كانت لازمه و لا يصحّ عزله عنها، و حينئذٍ فيكون إذنه بمنزله إذن الزوجه الحرّه حتى و لو لم ترض هى بذلك.

فصل فى نكاح العبيد و الإماء

(۴) بلا خلاف و لا إشكال فيه، و تدلّ عليه عدّه من الآيات الكريمه و النصوص الشريفه.

فقد قال تعالى «وَ أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ وَ الصّٰالِحِينَ مِنْ عِبٰادِكُمْ وَ إِمٰائِكُمْ» «١». فإنّه بعد الفراغ عن أنّه ليس للعبد و الأمه شى ء من الأمر، يكون الخطاب فى الآيه متوجِّهاً إلى المولى لا محاله، فتدلّ على جواز تزويجه لهما.

---

[۱] لا أثر لهذا الشرط إلّا أن یرجع إلی اشتراط الوکاله للزوج فی الإذن من قبلها.

---

(۱) سوره النور ۲۴: ۳۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۴

من غیر إذنه (۱) کما لا یجوز لغیرهما العقد علیهما (۲) کذلک، حتّی لو کان لهما أب حرّ. بل یکون إیقاع العقد منهما أو من غیرهما علیهما حراماً [۱] (۳) إذا کان ذلک بقصد ترتیب الأثر، و لو لا مع إجازه المولی.

و قال تعالی «فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» «۱».

حیث یستفاد منها أنّ أمر تزویجهما بید المولی، فله أن یزوّجهما و له أن یمتنع عن ذلک.

و قال تعالی «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ» «۲». فإنّها

دالّه على أنّ المملوک سواء فی ذلک العبـد و الأمه لیس له من الأمر شـی ء، و من هنا فلا یترتّب على ما یقوم به من معاملات و غیرها و منها النکاح أی أثر.

و أمّا النصوص فهی متضافره و کثیره، بل فی بعضـها التصـریح بأنّه لیس له النکاح و الطّلاق، و إنّ من تزوّج بالأمه من دون إذن سیِّدها کان زانیاً. و یدلّ علیه ما ورد من أنّ طلاق الأمه بید المولى إذا زوَّجها من العبد، و بید الحر إذا زوَّجها منه.

و على کـلٍّ، فـالحکم ممّا لا خلاف فیه بینهم، و تـدلّ علیه الآیات الکریمه و النصوص المتضافره، بل و مع غضّ النظر عن ذلک تقتضیه القاعده. فإنّ العبد و الأمه لمّا کانا قابلین للتزویج، و لم یکن لهما من الأمر شی ء، کان أمر ذلک بید المولى لا محاله.

(۱) و یقتضیه ما تقدّم.

(۲) لما تقدّم أیضاً.

(۳) و هو مبنی على مـا اختـاره جماعه فی محلّه، من ثبوت الحرمه لمقـدّمه الحرام إذا کان بقصـد ترتّب الحرام علیها، نظیر حرمه المقـدّمه التولیـدیه. إلّا أنّنا قـد ذکرنا هناک أنّه لا دلیل على هـذا المـدّعى[1] بالمرّه، إذ أنّ قصـد الإتیان بالحرام إنّما یدخل فی نیّه المعصیه و هو نوع من التجرُّؤ، و قد عرفت أنّه لا دلیل على حرمته و إن کان فیه نوع

---

[۱] لیس هذا حراماً شرعیّاً، بل هو داخل فی نیّه المعصیه و هی نوع من التجرُّؤ.

---

(۱) سوره النساء ۴: ۲۵.

(۲) سوره النحل ۱۶: ۷۵.

نعم، لو کان ذلک بتوقّع الإجازه منه، فالظاهر عدم حرمته، لأنّه لیس تصرّفاً فی مال الغیر عرفاً (۱) کبیع الفضولی مال غیره.

و أمّا عقدهما على نفسهما من

غير إذن المولى، و من غيرهما [۱] (۲) بتوقّع الإجازه فقد يُقال بحرمته [۲] (۳) لسلب قدرتهما و إن لم يكونا مسلوبى العباره. لكنّه مشكل

طغيان و تعدٍّ على حقّ المولى، فإنّ مجرّد ذلك لا يقتضى الحكم بالحرمه التشريعيه حتّى و لو قلنا باستحقاق المكلّف للعقاب على ذلك، إذ لا يلزم منه أن يكون الفعل حراماً.

و الحاصل أنّ المقام داخل فى التجرُّؤ، و قد عرفت أنّه ليس بحرام، سواء أتى بالمقدّمه أم لم يأت بها.

(۱) فلا تشمله أدلّه عدم جواز التصرّف فى مال الغير.

(۲) العباره لا تخلو من تشويش، و الظاهر أنّ موضع هذه العباره إنما هو بعد قوله (قدس سره): نعم، لو كان ذلك.

(۳) اختاره صاحب الجواهر (قدس سره) «۱» و لعلّه لكونه تصرفاً منهما فى نفسهما فتشمله أدله حرمه التصرف فى مال الغير.

و فيه: إنّ سلب القدره إنما يكون منشأً للحكم الوضعى، أعنى عدم نفوذ العقد و صحته، و أما الحكم التكليفى فلا مجال لاستفادته منه، فيكون حال هذا التلفظ حال سائر تلفظاته و تكلماته.

هذا مضافاً إلى دلاله صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد اللّٰه (عليه السلام) فى مملوك تزوّج بغير إذن مولاه، أ عاصٍ للّٰه؟ قال: «عاصٍ لمولاه». قلت: حرام هو؟ قال: «ما أزعم أنه حرام و نوله لا يفعل إلّا بإذن مولاه» «۲» صريحاً على عدم الحرمه.

---

[۱] فى العباره تشويش، و المراد ظاهر فإنّ موضع هذه العباره قبل سطرين، يعنى بعد قوله: (نعم لو كان ذلك) كما يظهر وجهه بأدنى تأمّل.

[۲] لا وجه للقول بالحرمه أصلًا، فإنّ سلب القدره لا يكون منشأً للحرمه و إنّما يكون منشأً لعدم النفوذ.

---

(۱) الجواهر ۳۰: ۲۰۴.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و

الإماء، ب ۲۳ ح ۲.

و نولك أن تفعل، أى: حقك و ينبغى لك، الصحاح ۵: ۱۸۳۶.

لانصراف سلب القدره عن مثل ذلك. و كذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضوله، فإنه ليس بحرام (۱) على الأقوى، و إن قيل بكونه حراماً (۲).

[مسأله ۲: لو تزوّج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته]

[۳۸۰۲] مسأله ۲: لو تزوّج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صحّ (۳).

---

(۱) لما تقدّم.

(۲) اختاره صاحب الجواهر (قدس سره) أيضاً «۱».

(۳) على ما ذهب إليه الأكثر من الأصحاب، بل لم ينسب الخلاف فيه إلّا إلى ابن إدريس (قدس سره) حيث التزم بالبطلان «۲»، نظراً إلى أنّ النصوص الوارده فى المقام أخبار آحاد و هو لا يلتزم بحجيتها. و القاعده تقتضى البطلان، لأن العقد حين وقوعه لم يكن صحيحاً لفقدان إذن المولى، فصحته بعد ذلك بالإجازه المتأخره تحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

إلّا أن ما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه، لجمله من النصوص الصحيحه الدالّه على الصحّه صريحاً:

كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن أبيه عن آبائه عن على (عليهم السلام): «أنه أتاه رجل بعبده، فقال: إن عبدى تزوّج بغير إذنى، فقال على (عليه السلام) لسيده: فرِّق بينهما. فقال السيد لعبده: يا عدوّ اللّه طلِّق. فقال له (عليه السلام): كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلِّق. فقال على (عليه السلام) للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق، و إن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدى فجعلته بيد غيرى. قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلّق، أقررت له بالنكاح» «۳».

---

(۱) الجواهر ۳۰: ۲۰۵ ۲۰۶.

(۲) السرائر ۲: ۵۶۵.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب

نکاح العبید و الإماء، ب ۲۷ ح ۱.

و کذا الأمه علی الأقوی (۱).

و صحیحه معاویه بن وهب، قال: جاء رجل إلی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال: إنی کنت مملوکاً لقوم، و إنی تزوجت امرأه حرّه بغیر إذن موالیّ ثمّ أعتقونی بعد ذلک فأُجدِّد نکاحی إیاها حین اعتقت؟ فقال له: «أ کانوا علموا أنک تزوجت امرأه و أنت مملوک لهم»؟ فقال: نعم، و سکتوا عنی و لم یغیروا علی. قال: فقال: «سکوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم، اثبت علی نکاحک الأوّل» «۱».

و صحیحه الحسن بن زیاد الطائی، قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنی کنت رجلا مملوکاً فتزوّجت بغیر إذن موالیّ، ثمّ أعتقنی اللّه بعد، فأُجدد النکاح؟ قال: فقال: «علموا أنک تزوّجت»؟ قلت: نعم، قد علموا فسکتوا و لم یقولوا لی شیئاً. قال: «ذلک إقرار منهم، أنت علی نکاحک» «۲».

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی صحّه العقد عند لحوق الإجازه.

(۱) خلافاً لما ذهب إلیه صاحب الحدائق (قدس سره)، حیث فصل بین العبد و الأمه، فالتزم بصحّه عقد العبد إذا لحقته الإجازه، بخلاف الأمه فإنّ عقدها لا یصحّ حتی و إن لحقته الإجازه. بدعوی أنّ النصوص کلها وارده فی العبد خاصه، فتبقی الأمه مشموله للقاعده المقتضیه للبطلان «۳».

و ما أفاده (قدس سره) إنما یتمّ لو انحصرت نصوص صحّه عقد العبد عند لحوق الإجازه بما تقدّم. فإنه حینئذ یمکنه أن یقال بأن القاعده لما کانت تقتضی البطلان و کانت نصوص الصحّه مختصه بالعبد، کان مقتضی الصناعه الحکم بالبطلان فی عقد الأمه، لعدم الدلیل علی خروجها عن القاعده. إلّا أنّ الأمر لیس کذلک، فإنّ فی نصوص الصحّه ما یقتضی التعدی

من العبد إلی الأمه، و یدلّ علی شمول الحکم لها أیضاً

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۶ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۶ ح ۳.

(۳) الحدائق ۲۴: ۲۰۲.

....

کصحیحه زراره عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن مملوک تزوّج بغیر إذن سیده، فقال: «ذاک إلی سیده، إن شاء أجازه، و إن شاء فرّق بینهما». قلت: أصلحک اللّه، إنّ الحکم بن عیینه و إبراهیم النخعی و أصحابهما یقولون: إنّ أصل النکاح فاسد، و لا تحلّ إجازه السید له؟ فقال أبو جعفر (علیه السلام): «إنه لم یعص اللّه، و إنما عصی سیده، فإذا أجازه فهو له جائز» «۱».

و صحیحته الأُخری عنه (علیه السلام) أیضاً، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغیر إذنه فدخل بها ثمّ اطلع علی ذلک مولاه، قال: «ذاک لمولاه إن شاء فرّق بینهما و إن شاء أجاز نکاحهما. فإن فرّق بینهما فللمرأه ما أصدقها، إلّا أن یکون اعتدی فأصدقها صداقاً کثیراً. و إن أجاز نکاحه، فهما علی نکاحهما الأوّل». فقلت لأبی جعفر (علیه السلام): فإنّ أصل النکاح کان عاصیاً؟ فقال أبو جعفر (علیه السلام): «إنما أتی شیئاً حلالًا و لیس بعاصٍ للّه، إنما عصی سیده و لم یعص اللّه، إنّ ذلک لیس کإتیان ما حرَّم اللّه علیه من نکاح فی عدّه و أشباهه» «۲».

فإنّ التعلیل المذکور فیهما یدلّ علی عدم اختصاص الحکم بالعبد، بل یجری فی الأمه علی حد جریانه فی العبد، لجریان التعلیل المذکور بعینه فیها. فیقال: إنّ نکاح الأمه فی نفسه لیس بمحرم کتزوجها من أخیها مثلًا، و لیست هی عاصیه

للّه تبارک و تعالی، و إنما هی عاصیه لسیدها فإذا أجاز جاز.

هذا مضافاً إلی ما ذکره الفقهاء فی غیر واحد من الأبواب الفقهیه، من أنّ الحکم إذا تعلّق بعنوان اشتقاقی و لم تکن هناک قرینه علی الاختصاص عمّ الرجل و المرأه کالأحکام الثابته للمحرم و المسافر و الحاضر و الصائم و البیّعین و صاحب الحیوان و غیرها، فإنه لا قائل باختصاصها بالرجل، بل لم یناقش فی عمومها أحد حتی صاحب الحدائق (قدس سره). و حیث إنّ المقام من هذا القبیل، باعتبار أنّ المملوک المذکور فی صحیحتی زراره عنوان اشتقاقی جامع بین العبد و الأمه، فلا وجه للتفریق بینهما فی الحکم.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۴ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۴ ح ۲.

....

و لا ینافی هذا ما دلّ علی أنّ التزوّج من الأمه بغیر إذن مولاها زنا، فإنه مما لا إشکال فیه، و لا یختص بالأمه بل یجری فی جانب العبد أیضاً، فإنه و إن لم یرد فیه هذا التعبیر بخصوصه، إلّا أنه قد ورد فی جمله من النصوص ما یلازمه قهراً.

نظیر ما دلّ علی عدم جواز تزوّج العبد من غیر إذن مولاه، فإنّ لازمه بطلان العقد، و لازم البطلان هو کون المواقعه زنا. و ما دلّ علی أن نکاحه من غیر إذن سیِّده باطل و مردود. و کذا ما دلّ علی أنّ الحرّه إذا زوّجت نفسها من العبد بغیر إذن مولاه فقد أباحت نفسها و لیس لها صداق، فإنّه ظاهر فی کون الفعل زنا، و إلّا فلا وجه للحکم بعدم استحقاقها للصداق.

غیر أنه

مختص بحاله ما قبل إجازه المولى، بمعنى كون النكاح فى نفسه كذلك ما لم تلحقه الإجازه. و أما بعد الإجازه فليس الأمر كذلك، بل يحكم بصحّه عقدهما، فلا يكون الفعل زنا لا محاله.

و أما ما استشهد به صاحب الحدائق (قدس سره) لمدعاه، من أن عدم ذكر الأمه فى ضمن كلام الإمام (عليه السلام) مشعر بعدم جريان الحكم فيها، مندفعٌ بأنّ ما صدر منه (عليه السلام) لم يكن لبيان الحكم ابتداء كى يكون لما قيل وجه، و إنما كان فى مقام الجواب عن السؤال الموجه إليه (عليه السلام)، و حيث إنّ الأسئله كانت مختصه بالعبد، فلا مجال لاستفاده ما ذكر من عدم التعرض إلى ذكرها فى الأجوبه.

ثمّ إنه ربّما يستدلّ على الصحّه فى المقام بعموم قوله تعالى «فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» بدعوى أنّ مقتضاه عدم الفرق بين الإذن السابق على العقد و اللّاحق له.

إلّا أنه بعيد جدّاً، إذ الظاهر من هذه الآيه الكريمه هو ترتب النكاح على الإذن بحيث يكون النكاح صادراً و مسبباً عنه، فإذا لم يكن العقد كذلك، فالإذن المتأخر لا يقلبه فيجعله نكاحاً عن الإذن.

و بعباره اخرى: إنّ المعتبر فى الحليه إذا كان كلٌّ من النكاح و الإذن مستقلا عن الآخر، لكان لما ذكر وجه و إن لم يكن يخلو من الإشكال أيضاً. إلّا أنّ الأمر ليس كذلك، حيث إنّ المعتبر فيها إنّما هو صدور النكاح المتفرِّع و المترتِّب على الإذن، فلا وجه للحكم بصحّه النكاح الصادر عن غير الإذن و إن لحقه بعد ذلك، إذ الإذن

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۰

و الإجازه كاشفه (۱). و لا فرق فى صحته بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا بل على الوجه المحرم.

المتأخر لا

يقلب النكاح السابق عن وصف كونه من غير إذن إلى كونه صادراً عن الإذن.

إذن فالصحيح فى المقام هو التمسك بما ذكرناه لإثبات المدعى.

(١) و ذلك فلأن النقل و إن كان ممكناً فى نفسه بل قد وقع فى بعض الموارد، كبيع الصرف و السلم فيما إذا تأخر القبض عن العقد حيث يكون البيع فى زمان و الملكيه فى زمان آخر، و كذا كل ما هو مشروط بالقبض كالهبه و الوقف على جهه معينه إذا تأخر القبض من العقد، إلّا أن الدليل لا يساعد عليه، باعتبار أن الإجازه و الإمضاء إنما تتعلّقان بالعقد الذى وقع فى حينه، و من هنا فيكون الحكم بالملكيه من حين الإجازه على خلاف الإمضاء و دليل النفوذ، فيحتاج إلى دليل خاص، و حيث إنه مفقود فلا مجال للالتزام به.

بل هو منافٍ لظاهر صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيِّدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتى باعها ابنى بغير إذنى فقال: خذ وليدتك و ابنها، فناشده المشترى، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابنى، فقال: لا أُرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليده الأوّل أجاز بيع ابنه» «١».

فإنها ظاهره فى الكشف و الحكم بالصحّه من حين صدور العقد، و إلّا لكان على المشترى أن يدفع لسيدها الأوّل مهر أمثالها نظراً لوطئه أمه الغير شبهه، و الحال أنه (عليه السلام) لم يتعرض لذلك.

و صريح صحيحه أبى عبيده الحذاء، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و

جاریه زوّجهما ولیان لهما، و هما غیر مدرکین؟ قال: فقال: «النکاح جائز، أیهما

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۸۸ ح ۱.

....

أدرک کـان له الخیـار، فـإن ماتـا قبـل أن یـدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر، إلّا أن یکونا قـد أدرکا و رضـیا». قلت: فإن أدرک أحـدهما قبل الآخر؟ قال: «یجوز علیه ذلک إن هو رضـی». قلت: فإن کان الرجل الـذی أدرک قبل الجاریه و رضـی النکاح، ثمّ مـات قبـل أن تـدرک الجـاریه، أ ترثه؟ قـال: «نعم، یعزل میراثها منه، حتی تـدرک و تحلف باللّه ما دعاها إلی أخـذ المیراث إلّا رضاها بالتزویج، ثمّ یدفع إلیها المیراث و نصف المهر» الحدیث «۱».

فإنها صـریحه فی الکشف، إذ لولاه لم یکن مجال للحکم بعزل نصـیب البنت حتی تـدرک، لأنه و بمجرد موت أحـد الطرفین لا یبقی مجال للحکم بالزوجیه، فإنها من الزوجیه بین الحی و المیت و هو باطل جزماً.

علی أنّ القول بالنقل لا یتمّ فی العقود المتقیـده بالزمان کالإجاره و نکاح المتعه، کما لو آجر الفضولی الـدار شـهراً أو تزوّج من الأمه شـهراً و لم یجز المالک إلّا بعـد انقضاء نصـفه. فإنه لو کانت الإجازه ناقله لکانت الملکیه أو الزوجیه فی خصوص النصـف الباقی من الشـهر، أی من حین الإجازه إلی انقضاء الشـهر، و الحال أن المنشأ إنما هو الملکیه و الزوجیه شهراً کاملًا، فیرد علیه إن ما أنشأ لم یمض و ما امضی لم ینشأ فکیف یمکن الالتزام بصحته.

و الحاصل: إنّ النقل و إن کان ممکناً فی نفسه، إلّا أن دلیل الإمضاء و النفوذ لا یساعد علیه، باعتبار أن ظاهره إمضاء ما وقع.

و من هنـا فلا بـدّ من الالتزام بالكشف، غير أن الأقوال فى الكشف لما كانت مختلفه: فمنهم من يقول بالكشف الحقيقى، و منهم من يقـول بـالكشف الانقلابى، و منهم من يقول بـالكشف الحكمى، فلا بـدّ من تحقيق الحـال لمعرفه الصـحيح منهـا. و من هنا فنقول:

أمّا الكشف الحقيقى فهو و إن كان ممكناً فى نفسه بحيث تكون الإجازه شرطاً متأخّراً، إلّا أنه لا دليل عليه أيضاً، فإنّ ظاهر الأدله إنمـا هو اعتبـار نفس الرضـا و الإجـازه لا اعتبار تعقبهما. و حيث ان من الواضـح انهما لم يكونا موجودين حال العقـد و لم يكن العقد عن الرضا، فلا وجه للحكم بالصحّه و إن كان متعقباً بهما، بل إنّ القول

---

(١) الوسائل، ج ٢۶ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الأزواج، ب ١١ ح ١.

....

به على خلاف ظاهر دليل الجواز، فإنّ ظاهره إنما هو كون الجواز متفرعاً على الرضا لا أنه إذا أجاز العقد انكشف الجواز السابق، و من هنا فلا مجال للالتزام بهذا القول.

و أما الكشف الانقلابى، بمعنى انقلاب العقـد بعد الإجازه و ثبوت الجواز من السابق، فهو مضافاً إلى أنه لا دليل عليه غير معقول فى نفسه، لأـن الشـى ء لاـ ينقلب عمـا وقع عليه و الزمـان المعـدوم لاـ يمكن إيجـاده ثانيـاً، بلا فرق بين الأُمور التكوينيه و الأُمور الاعتباريه، فإنه محال فيهما معاً.

و من هنا فيتعين القول بالكشف الحكمى، فيحكم بنفوذ العقد من حينه من الآن.

و لتوضـيحه نقول: إنّ الشى ء قد يكون موجوداً بالوجود الحقيقى الذى لا يختلف باختلاف الأنظار، و قد يكون موجوداً بالوجود الاعتبارى، كالأحكام الوضعيه و التكليفيه. و الأوّل ينقسم إلى قسمين: فإن الموجود بالوجود الحقيقى قد

يكون موجوداً فى الخارج كالأعيان، و قد يكون موجوداً فى النفس خاصه كمتعلق العلم فإنه موجود حقيقه غير إنّ وعاء وجوده إنما هو النفس دون الخارج.

و الفرق بين الوجود الاعتبارى و الوجود الذهنى هو أن الأوّل موجود فى الخارج فإنه يتعلق بما هو موجود فى الخارج لكن بالوجود الفرضى. فى حين أنّ الثانى لا وجود له فى الخارج، بل ينحصر وجوده فى الذهن خاصه، فإنّ العلم لا يتعلق بما هو فى الخارج، و إنما يتعلق بصورته الحاضره فى الذهن، كما هو واضح.

و أما الفرق بينهما و بين الوجود الخارجى الحقيقى، فهو كامن فى أن الثانى لا ينفك عن الموجود فى الخارج إلّا بالاعتبار، فإذا كان الوجود موجوداً فالماهيه موجوده أيضاً، كما أنه لو كانت الماهيه موجوده كان الوجود موجوداً لا محاله. و هذا بخلاف الوجود الذهنى و الوجود الاعتبارى، فإنهما من الممكن أن يتعلقا بأمر سابق كموت زيد قبل شهر، أو بأمر متأخر كطلوع الشمس غداً.

و إن كان التعبير بتعلق الوجود الذهنى بالأمر السابق أو اللاحق لا يخلو من مسامحه، باعتبار أنه إنما يتعلق بالصوره الذهنيه و هى موجوده بالفعل، غايه الأمر أن الصوره صوره لأمر متقدِّم أو متأخِّر، لكنّه مع ذلك يعبر بما تقدّم، فيقال إنّ العلم متعلِّق بمتقدِّم أو متأخِّر. و هذا بخلاف الاعتبار، حيث إنه يتعلّق بالمتقدِّم أو المتأخِّر

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۳

....

حقيقه، فيبيع المالك داره من قبل شهر أو بعد شهر، من دون أن يكون فى تعلقه بهما أى محذور.

نعم، إنهما غير ممضيين شرعاً، لعدم جواز التعليق فى البيع أو غيره، غير إنّ ذلك لا يعنى عدم صحّه تعلقه بهما.

إذا اتضح ذلك يظهر أنه لا مانع فى المقام

من تعلق الاعتبـار الإجـازه بالملكيه السابقه من الآن، فإنه من الاعتبار المتعلِّق بالأمر المتقـدم، و قـد عرفت أنه لا مانع منه، لكن لا على نحو الانقلاب أو الشـرط المتـأخِّر، فيحكم بالصـحّه حينئـذ نظير تعلّقه بالأـمر المتـأخر، كمـا هو الحال فى متعلِّق الاعتبار فى التدبير و الوصيّه، حيث إن متعلقه إنما هو الحريه و الملكيه بعد موت المالك.

و بعباره اخرى: إنّ الأُمور الاعتباريه قوامها باعتبار من بيـده الأمر، و ليس لها واقع سوى الجعل و الاعتبار و هو أمر خفيف المؤنه، فيصـح تعلقه بـأمر متقـدِّم أو متـأخِّر على حـدّ جواز تعلّقه بأمر موجود بالفعل، و عليه فإذا اعتبر من بيـده الأمر ترتّب عليه آثاره لا محاله.

و من هنا فإذا كان هـذا النوع من الاعتبار ممكناً فى نفسه، كان مقتضـى أدلّه صـحّه العقـد الفضولى و الأدله الخاصه هو صـحته، باعتبار أن الإجازه إذا تعلقت بما أُنشِئَ سابقاً استند ذلك المنشأ من حين الإجازه إلى المجيز، بمعنى أن العقد الواقع قبل سنه مثلًا يستند إليه من حين الإجازه، و بذلك فتشمله أدله نفوذ العقد، و يكون مقتضاها الحكم من الآن بصحّه العقد السابق من حينه.

هـذا مضافاً إلى دلاله قوله (عليه السـلام) فى صـحيحه زراره المتقدِّمه: «و إن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل» و قوله (عليه السـلام) فى صـحيحه معاويه بن وهب المتقدِّمه أيضاً: «اثبت على نكاحك الأوّل» على ذلك، باعتبار أن ظاهرهما الحكم بصـحّه النكاح الأوّل من الآن.

و ممّـا يـدلّ على أن الملكيه و نحوهـا من الأُـمور الاعتبـاريه ليست من الأعراض الخارجيه و لا واقع لها سوى الاعتبار، أنها تتعلق بالكلى كما هو الحال فى موارد بيع الكلى، مع أنه غير قابل لأن يكون معروضاً لعرض خارجى.

موسوعه

....

و تتعلق بالمعدوم كما هو الحال فی تعاقب الأيدی، فإن المالک إذا رجع على أحدهم بعد تلف العين كان له الرجوع على من بعده، و هكذا إلى أن يستقر الضمان على من تلفت العين عنده، و من الواضح أن ذلک ليس إلّا لتملک من رجع عليه المالک للعين التالفه بعد دفع بدلها، فيكون مالكاً للمعدوم، و من هنا يصح له الرجوع على من بعده. بل إن من الممكن إنشاء الملكيه للمعدومين و تمليكهم من حين الإنشاء، كما هو الحال فی الوقف الذری و الوصيّه بالنسبه إلى البطون المتأخره و غير الموجوده حين الإنشاء، فإنّ إنشاء الملكيه متحقق من الآن فی حين أنّ المالک معدوم.

و بالجمله فليست الملكيه عرضاً خارجياً تحتاج فی قيامها إلى موضوع خارجی، بل هی وجود فی مقابل الوجودات الخارجيه و الوجودات الذهنيه، على ما تقدّم بيانه.

إذن فلا محيص بمقتضى ظهورات الأدله عن الالتزام بما ذكرناه من الكشف الحكمی، فيقال: إنّ العقد بعد الإجازه يكون صحيحاً من الأوّل، بمعنى اعتبار المرأه من حين الإجازه زوجه للرجل من حين وقوع العقد.

هذا و قد يورد على ما اخترناه بوجهين:

الأوّل: إنّ العبره فی التضاد لما كانت بزمان المعتبر لا زمان الاعتبار، لم يعقل أن يكون المبيع فی البيع الفضولی ملكاً لمالكه قبل الإجازه و ملكاً للمشتری بعدها فی زمان واحد و أعنی زمان صدور العقد و إن كان الاعتبار فی زمانين. و على هذا الأساس كان امتناع ثبوت حكمين مختلفين الوجوب و الحرمه للخروج من الدار المغصوبه، فإنه لا يعقل أن يحكم بحرمه ذلک التصرف حال الدخول ثمّ يحكم بوجوبه حين الخروج، فإن الفعل الواحد لا يتصف بلحاظ زمان واحد إلّا

بأحدهما، و أما اتصافه بهما معاً فهو ممتنع حتى و لو كان زمان الاعتبارين مختلفاً.

و فيه: إنه إنما يتم فى الأحكام الشرعيه التكليفيه، باعتبار أنها إنما تنشأ من المصالح أو المفاسد الكامنه فى متعلقاتها، فإنه يمتنع أن يكون الشىء الواحد محبوباً و مبغوضاً فى زمان واحد حتى و إن اختلف زمان الحكم. و من هنا حكمنا بعدم جواز اجتماع الوجوب و الحرمه للخروج من الدار المغصوبه، فإنه لا يمكن أن يكون محبوباً

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۵

....

و مبغوضاً فى آن واحد.

و أما بالنسبه إلى الأحكام الوضعيه الاعتباريه فلا يتم ما ذكر، حيث تكون المصلحه فى نفس الاعتبار، فإنه لا مانع من الاعتبارين إذا اختلف زمانهما. فيعتبر فى يوم السبت مثلًا ملكيه زيد لشى ء معين فى يوم الاثنين، ثمّ يعتبر فى يوم الأحد ملكيه عمرو لذلك الشى ء فى يوم الاثنين أيضاً، من دون أى محذور فيه ما دامت المصلحه قائمه فى الاعتبار. بل لو لم يكن هناك تنافٍ فى الأثر، لقلنا بجواز اعتبار ملكيه شى ء واحد لشخصين على نحو الاستقلال فى زمان واحد.

الثانى: إنّ ما ذكر إنما يتمّ فى الأحكام المجعوله على نحو القضايا الخارجيه، و لا- يتم فى الاعتبارات المجعوله بنحو القضايا الحقيقيه، لأن هذه الاعتبارات موجوده بأجمعها فى آن واحد هو أوّل الشريعه المقدّسه. و حيث إنّ الاعتبارات الشرعيه من هذا القبيل، فلازم القول بالكشف بالمعنى الذى ذكر أعنى اعتبار الملكيه للمالك قبل الإجازه و اعتبارها للمشترى بعدها من حين صدور العقد هو اجتماع هذين الاعتبارين فى زمان واحد هو أوّل الشريعه المقدّسه، و هو محال.

و فيه: أن الإنشاء فى هذه الاعتبارات و إن كان أزلياً و ثابتاً مع بدء الشريعه المقدّسه،

إلّا أن فعليتها إنما تكون بعد تحقّق موضوعاتها فى الخارج، إذ قبله لا يتجاوز الاعتبار مرحله الإنشاء. و من هنا فحيث إنّ أحد الاعتبارين كانت فعليته قبل الإجازه، فى حين إنّ فعليه الاعتبار الثانى و هو اعتبار الملكيه للمشترى إنشائى محض يتوقف بلوغه مرحله الفعليه على إجازه المالك، فلا يكون هناك أى تنافٍ بين هٰذين الاعتبارين.

ثمّ إنّ الكشف الحكمى بالمعنى الذى اخترناه غير الكشف الحكمى الذى ذهب إليه شيخنا الأعظم (قدس سره). و الفرق بينهما يكمن فى أنه (قدس سره) يرى اتحاد زمان الاعتبار و المعتبر، بمعنى كونهما معاً بعد الإجازه، غايه الأمر أنّ الآثار إنما تترتب من حين العقد. فى حين إنا نرى اختلاف زمانهما، فإن الاعتبار إنما يكون حين الإجازه، و أما المعتبر فهو متقدم عليه و ثابت حين العقد. فإنّ ما ذهب إليه (قدس سره) خلاف ظاهر الأدله، و لا دليل يساعد عليه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۶

و لا يضرّه النهى، لأنه متعلق بأمر خارج [۱] متّحد (۱). و الظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازه [۲]،

إذن فما اخترناه هو الصحيح الموافق لظاهر الأدلّه و الذوق العرفى.

و يترتّب على هذا أنه لو واقعها العبد فأولدها ثمّ أجاز المولى، لم يحكم بكون المواقعه زنا و لا يحدّ لذلك، إذ يفرض من الآن أنّ المواقعه إنما كانت مواقعه للزوجه لا للمرأه الأجنبيه و إن كانت فى وقتها كذلك لا محاله. و يتفرع على ذلك ترتب جميع آثار الوطء الصحيح من التوارث بينهما و ما شاكله عليه.

و كذا الحال فيما لو أجاز المالك العقد الفضولى بعد مضى مده من وقوعه، فإنه يحكم من الآن بصحّه العقد السابق و تملك المشترى للمبيع من ذلك الحين.

و يتفرع عليه جميع آثار الملكيه الصحيحه، و منها جواز مطالبه المشترى للمالك بأَجره مثل المنافع التى استوفاها من العين فى الفتره ما بين العقد و الإجازه.

فالمتحصِّل من جميع ما تقدّم أن القول بالكشف الحكمى لما كان ممكناً فى نفسه و كان يساعد عليه دليل نفوذ العقد و بعض الأدلّه الخاصّه، تعيّن القول به دون سائر الأقوال، من النقل أو الكشف الحقيقى أو الانقلابى أو الحكمى بالمعنى الذى ذكره شيخنا الأعظم (قدس سره) لما عرفت من أنها بين ما هو ممتنع فى نفسه، و ما لا يساعد عليه الدليل.

(۱) لما اختاره (قدس سره) من أن وجوب المقدمه أو حرمتها إنما هو لعنوان المقدميه، فيكون النهى فى المقام متعلقاً بأمر خارج أعنى عنوان المقدميه فلا يؤثر شيئاً.

نظير ما التزم به (قدس سره) فى باب الوضوء فيما إذا كانت له غايتان إحداهما واجبه و الأُخرى مستحبه و كان الوضوء مقدمه لهما، من ثبوت الحكمين معاً للوضوء

---

[۱] التعليل ضعيف جدّاً، و الصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمه، فهى فى المعاملات لا توجب الفساد.

[۲] فيه إشكال بل منع.

....

فيلتزم بكونه واجباً و مستحباً بالفعل، لأنه من اجتماع الحكمين فى عنوانين يتحدان خارجاً و هو (قدس سره) ممن يرى جواز ذلك، بل يرى جواز اجتماع الأمر و النهى إذا تعلقا بعنوانين و إن كانا منطبقين على شى ء واحد فى الخارج، فيحكم بكون الوضوء واجباً بما هو مقدمه للواجب، و مستحباً بما هو مقدمه للمستحب.

ففى المقام يقال: إنّ العقد بما هو تزويج فى نفسه فهو مباح، و بما هو مقدمه للحرام حيث أتى به بقصد التوصل إلى الحرام فهو حرام، فيكون متعلق النهى أمراً

خارجاً عن التزويج، فيحكم بصحته لا محاله.

غير أنـك لمـا عرفت فى بـاب الوضوء أنّ الصـحيح أن عنوان المقـدميه إنمـا هى من العنـاوين التعليليه لا من الجهات التقييـديه، كـانت هـذه المسـأله أجنبيه بالمرّه عن مسأله اجتماع الأمر و النهى بعنوانين، إذ البحث المعروف فى جواز الاجتماع و عـدمه إنما هـو فيمـا إذا تعلق الأـمر بعنوان و تعلق النهى بعنوان آخر غيره، و كـان بين العنوانين نسـبه العموم و الخصوص من وجه، كمـا هو الحال فى مثال الغصب و الصلاه، و لا يجرى فيما نحن فيه، باعتبار أن مفهوم المقدمه بما هو غير متّصف بأى وصف، و الملازمه بنـاءً على القول بهـا إنما هى بين الواجب أو الحرام و ما هو مقـدمه له بالحمل الشائع فيكون عنوان المقـدميه و توقف الواجب أو الحرام على شـى ء عله لوجوب ذات ذلـك الشـى ء أو حرمته، لاـ عله وجوبه أو حرمته بعنوان المقـدميه، و هـذا ما يصـطلح عليه بالجهه التعليليه لوجوب ذات المقدمه أو حرمتها.

و على هذا فيكون الوضوء بعنوان واحد واجباً و مسـتحباً لعلتين، فبما أنه مقدّمه للواجب يكون واجباً، و بما أنه مقدمه للمسـتحب يكون مسـتحباً. و هو غير ممكن حتى عنـد من يرى جواز اجتمـاع الأـمر و النهى، فـإن القائـل به إنمـا يرى ذلـك فيمـا إذا تعـدد العنوان، و أما إذا اتحد العنوان غايه ما هناك أن سبب الوجوب و الحرمه كان متعدِّداً فلا قائل بالجواز على الإطلاق.

و على هذا الأساس ذكرنا فى مسأله الوضوء أنّ ما أفاده الماتن (قدس سـره) من الحكم بالوجوب و الاستحباب، غير تامّ فى نفسه و لا يمكن المساعده عليه.

و من هنا يظهر الحال فى المقام. فإنّ عنوان المقدميه لما كان من الجهات

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۸

....

كان معروض الحرمه على القول بها انما هو ذات المقدّمه أعنی التزويج لا محاله و عليه فلا يكون النهی متعلّقاً بأمر خارج عنه.

فما أفاده (قدس سره) ضعيف جدّاً، و لا مجال للمساعده عليه.

ثمّ إن لشيخنا المحقق (قدس سره) فی المقام كلاماً، حاصله أن الوجوب أو الحرمه إنما يتعلق بعنوان المقدمه و هو جهه تقييديه، و لذا يعتبر فی اتصاف المقدمه بهما قصد التوصل بها إلى ذی المقدمه.

و قد ذكر (قدس سره) فی وجه ذلک أن انقسام الجهه إلى التعليليه و التقييديه إنما يختص بالأحكام الشرعيه. فإن الجهه ان كانت فی مرحله سابقه عن الحكم، و كانت عله لتعلق الحكم بالشی ء، كانت جهه تعليليه. و أما ان كانت فی مرحله متأخره فی الرتبه عن الحكم، كانت جهه تقييديه.

و أمّا الأحكام العقليه فليست فيها جهات تعليليه مغايره للجهات التقييديه، و إنّما الجهات التعليليه فيها هی بعينها جهات تقييديه، سواء فی ذلک الأحكام العقليه النظريه و الأحكام العقليه العمليه. فإذا أدرک العقل بأن وجود زيد مثلًا و عدم وجوده لا يجتمعان باعتبار أن لازمه اجتماع النقيضين، فهی جهه تعليليه، بمعنى أن استحاله اجتماع وجود زيد و عدمه معلول لاستحاله اجتماع النقيضين، لانطباقه على المورد. و كذا الحال فی كل قضيه ممتنعه بحكم العقل، فإن استحاله اجتماع النقيضين أساس لها، لرجوعها إليها لا محاله. و من هنا فتكون الجهه التعليليه تقييديه بالضروره.

و هكذا الأمر فی الأحكام العمليه. فإن حكم العقل بحسن ضرب اليتيم تأديباً و لمصلحته باعتبار أنه إحسان له و عدل فی حقه، إنما يرجع إلى حكم العقل بحسن العدل و الإحسان لانطباقه عليه، فالجهه التعليليه فيه ترجع إلى الجهه التقييديه،

نظراً لرجوع حکم العقل بحسن الضرب و التأدیب إلی حکمه بحسن الإحسان و العدل. و کذا الکلام فی حکمه بقبح ضرب الیتیم لا للتأدیب لکونه ظلماً، فإنه إنما یرجع إلی حکمه بقبح الظلم، فتکون الجهه التعلیلیه فی القضیه هی بعینها الجهه التقییدیه. و هاتان القضیّتان أعنی حسن العدل و الإحسان و قبح الظلم هما الأساس لکل

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۹

....

مورد یحکم العقل بحسن شی ء أو قبحه.

إذن فلیست فی الأحکام العقلیه جهات تعلیلیه تغایر الجهات التقییدیه، و إنما الجهات التعلیلیه هی بعینها جهات تقییدیه، کما أن الجهات التقییدیه هی بعینها جهات تعلیلیه.

و من هنا فبما أن وجوب المقدمه إنما هو بحکم العقل، کان الوجوب ثابتاً لها بما هی مقدمه، و علیه فلا بدّ من قصد التوصل، نظراً إلی أن العنوان هو متعلق الوجوب أو الحرمه.

و ما أفاده (قدس سره) و إن کان تاماً و صحیحاً فی نفسه، إذ لیست فی الأحکام العقلیه جهات تعلیلیه تغایر الجهات التقییدیه، إلّا أن تطبیقه لهذا الکلام علی المقام مما لا یمکن المساعده علیه. و السر فی ذلک أن وجوب المقدمه علی القول به إنما هو شرعی لا عقلی، و إنما العقل یدرک الملازمه بین الوجوبین، بمعنی أنه یدرک استحاله انفکاک وجوب ذی المقدمه شرعاً عن وجوب المقدمه کذلک، و أما نفس الوجوب فهو شرعی محض.

و بعباره اخری: إن العقل إنما یدرک الملازمه و استحاله الانفکاک بین الوجوبین الشرعیین خاصه، و أما نفس الوجوب فهو شرعی و لیس مما یحکم به العقل. و من هنا فیکون عنوان المقدمیه جهه تعلیلیه للوجوب الشرعی، بمعنی أن الترتب و توقف الواجب علیها المعبر عنه بعنوان المقدمه، عله لإیجاب ذات المقدمه شرعاً.

و

عليه فلا يكون هذا من مصاديق ما أفاده (قدس سره)، من أن الجهات التعليليه هى بعينها جهات تقييديه فى الأحكام العقليه.

و كيف كان، فالصحيح فى التعليل أن يقال: إن النهى التكليفى عن المعاملات لا يقتضى فسادها، إذ لا ملازمه بين حرمه المعامله و عدم نفوذها، بل قد تكون محرّمه و فى نفس الحين تكون نافذه، كما هو الحال فى النهى عن البيع وقت النداء فإنّه محرم و صحيح، باعتبار أن النهى و المبغوضيه لا ينافيان الإمضاء لعدم اعتبار القربه فيها كالعبادات، كى يقال بأن المبغوض لا يصحّ التقرّب به.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٠

فلا تنفع الإجازه بعد الرد (١). و هل يشترط فى تأثيرها عدم سبق النهى من المولى

هذا و الذى يهون الخطب أننا لم نلتزم بالحرمه فى المقام أصلًا، و قد عرفت أنه من مصاديق التجرُّؤ و هو غير محرم.

اذن فلا مجال للبحث فى حرمه المقدّمه، سواء أقصد بها التوصّل إلى إمضاء المولى أم قصد ترتيب الأثر عليه، سواء أذن المولى أم لم يأذن.

(١) على ما هو المعروف و المشهور بين الأصحاب، بل ادعى الشيخ الأنصارى (قدس سره) الإجماع عليه «١». و قد عللوا ذلك بأنه كرد البائع و عدوله الفاصل بين إيجابه و قبول المشترى، حيث يمنع من تأثير قبول المشترى بلا كلام.

إلّا أن ما ذكروه لا يخلو من الإشكال، بل المنع. و ذلك فلأن من غير المحتمل أن يكون الإجماع فى المقام إجماعاً تعبدياً يكشف عن رأى المعصوم (عليه السلام)، بل من الواضح أن مستنده إنما هو استظهار كون المقام من قبيل رجوع البائع قبل قبول المشترى. و حيث إنّ بين المسألتين بوناً بعيداً، فلا مجال للالتزام بما ذكروه.

و الوجه فيه

أنّ الموجب إذا رجع عن إيجابه قبل القبول لم يتحقق مفهوم العقد، لأنه عباره عن ضمّ التزام إلى التزام و ربط تعهّد بآخر. فإذا فرض ارتفاع التزام البائع بالرجوع أو الموت أو الجنون لم يكن للقبول أثر، باعتبار أنه ليس هناك التزام آخر يضم هذا الالتزام إليه و يربط بينهما، فلا يتم مفهوم العقد. و أين هذا من المقام الذى ليس هناك أى التزام من المولى و انتساب للعقد إليه قبل الرد و بعده، كى يقال إن الردّ قد أبطل أثره؛ بل الرد و عدمه فى المقام سيان حيث لا أثر له بالمره، فإن العقد لم يكن منتسباً إليه قبل الرد و كذا الحال بعده، كما أنه لم يكن قبل الرد التزام من المولى و كذلك الحال بعده.

بل و كذا الحال لو اعتبرنا رضا المشترى بالمعامله حين الإيجاب أيضاً، على ما ذهب إليه الشيخ (قدس سره)، و إن لم نرتضه فى محله. و ذلك لأن المفروض أن العقد

---

(۱) كتاب النكاح (طبع المؤتمر العالمى للشيخ الأنصارى) ۲۰: ۲۴۶.

فيكون النهى السابق كالردّ بعد العقد، أو لا؟ وجهان. أقواهما الثانى (۱).

قد وجد فى ظرفه واجداً لجميع الشرائط عدا استناده إلى المولى، فمتى أجاز استند العقد إليه، و ليس هذا قبولًا و إنما هو إسناد للعقد الواقع إليه بعد أن لم يكن كذلك و من هنا فلا يكون الردّ قاطعاً و مانعاً من لحوق الإجازه من المولى.

و الحاصل أنّ ما ذكروه مضافاً إلى أنه لا دليل عليه مخالف لإطلاقات النصوص المتقدِّمه و القاعده المقتضيه لصحّه العقد الفضولى، إذ ليس فى المقام مانع من نفوذ العقد غير عدم إذن المولى و معصيه العبد

له، فإذا أجاز المولى ارتفع هذا المانع و جاز، لعدم المقتضى للبطلان بعد اقتضاء القاعده للصحّه.

هذا كلّه مضافاً إلى دلاله صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: قضى فى وليده باعها ابن سيِّدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولـدت منه غلاماً ثمّ قـدم سيِّدها الأوّل فخاصم سيِّدها الأخير فقال: هـذه وليدتى باعها ابنى بغير إذنى فقال: خذ وليـدتك و ابنها، فناشـده المشترى، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابنى، فقال: لا أُرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيِّد الوليده الأوّل أجاز بيع ابنه «۱» صريحاً على المدعى، فإن المخاصمه و المطالبه أظهر أفراد الردّ، و مع ذلك فقد حكم (عليه السلام) بصحّه العقد بعد الإجازه.

و بـالجمله فمـا ذكروه من مـانعيه الردّ للإجـازه مما لا يمكن المساعـده عليه، بل الأدله العامه و الخاصه على خلافه، فالمتعين هو القول بنفوذ العقد عند إجازه المولى، سواء أ صدر منه ردّ قبلها أم لم يصدر.

(۱) لإطلاقات الأدله، حيث إن مقتضاها نفوذ العقد بالإجازه مطلقاً، سواء أ كان هناك نهى سابق أم لم يكن. و ما ذكر من مانعيه الرد فهو على تقدير الالتزام به، إنّما يختص بالإنشاء و لا يشمل مجرد الكراهه النفسانيه، كما هو الحال فى الإجازه أيضاً حيث إن مجرّد رضا المولى لا ينفع فى الحكم بصحّه العقد و استناده إلى إجازه المولى.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۸۸ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲

[مسأله ۳: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج]

[۳۸۰۳] مسأله ۳: لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعيّن

فی عین یکون فی ذمّه المولی (۱). و یجوز أن یجعله فی ذمّه العبد یتبع به بعد العتق مع رضاه. و هل له ذلک قهراً علیه؟ فیه إشکال (۲) کما إذا استدان علی أن یکون الدین فی ذمّه العبد من غیر رضاه.

و أمّا لو أذن له فی التزویج، فإن عیّن کون المهر فی ذمّته، أو فی ذمّه العبد، أو فی عین معیّن، تعیّن (۳). و إن أطلق، ففی کونه فی ذمّته، أو فی ذمّه العبد مع ضمانه له و تعهده أداءه عنه، أو کونه فی کسب العبد، وجوه: أقواها الأوّل (۴) لأن الإذن فی الشی ء إذن فی لوازمه، و کون المهر علیه بعد عدم قدره العبد علی شی ء و کونه

---

(۱) بلا إشکال و لا خلاف فی الحکم بالنسبه إلی الفرض الأوّل. و أما الفرض الثانی فالحکم کما أفاده (قدس سره)، لما یأتی من أنه فی حکم مباشره المولی للعقد، إذ لیس له فرض شی ء فی ذمّه العبد.

(۲) بل منع. فإن غایه ما ثبت بالدلیل إنما هو جواز تصرف المولی فی عین العبد و منافعه و أمواله إن کانت، و أما التصرف فی ذمته فلا دلیل علیه، بل هو مقطوع البطلان. کما هو الحال فی الاستدانه أو الشراء فی ذمّه العبد، فإنه لو کان جائزاً لأمکن للمولی أن یصبح من أثری الأثریاء بالاستدانه أو الشراء فی ذمّه العبد، ثم عتق العبد فیتبع به دون المولی، و الحال إنه مما لا ینبغی الشک فی بطلانه.

(۳) بلا خلاف أو إشکال فیه.

(۴) و ذلک فلأن القول الثانی و إن کان ممکناً إلّا أنه لا دلیل علیه. و القول الثالث لا وجه له بالمره، فإنّ کسب العبد لما کان من

جمله أموال المولى لم تكن خصوصيّه فيه بالذات.

و بعباره اخرى: إنّ المهر إن كان على المولى، فلا موجب لتعيّنه فى مال خاص من أمواله. و إن لم يكن عليه فلا موجب لأخذه من كسب العبد الذى هو من جمله أمواله، فإنه لا دليل على خروجه منها.

إذن فيتعيّن القول الأوّل، الذى عليه القرينه العرفيه التى ذكرها الماتن (قدس سره).

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳

كلّاً على مولاه (۱) من لوازم الإذن فى التزويج عرفاً (۲). و كذا الحال فى النفقه (۳). و يدلّ عليه أيضاً فى المهر روايه علىّ بن أبى حمزه (۴)

---

(۱) إن كان (قدس سره) يشير بذلك إلى الآيه الكريمه التى تضمنت هذا التعبير فلا يخفى أنها غير وارده فى العبد، و إنما هى وارده فى الأبكم.

قال اللّه تعالى «وَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلَيْنِ أَحَدُهُمَا أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَ هُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّهْهُ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِي هُوَ وَ مَنْ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَ هُوَ عَلَىٰ صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ» «۱».

بل لم يرد فى شى ء من النصوص أنّ العبد كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ، بل الأمر قد يكون بالعكس من ذلك تماماً، كما إذا كان العبد كسوباً و كان المولى عاجزاً لا عمل له.

(۲) كما هو أظهر من أن يخفى. و هذه القرينه لا تختص بالمولى و العبد، و إنما هى قائمه فى الإذن لكل من كان عيالا للآذن بالشراء لنفسه كالأب و الابن، فإنّ الظاهر من إذنه هو كون الثمن عليه.

ثمّ لو فرضنا عدم تماميه هذه القرينه، فالمتعين هو الالتزام بأنّ المهر فى ذمّه العبد من دون أن يكون للمولى دخل فيه مطلقاً، فلا يضمن شيئاً على الإطلاق، بل يكون إذنه هذا من

بـاب رفع المـانع من قبله خـاصه. نظير إذن العمه أو الخـاله فى التزوج فى بنت الأـخ أو الأخت، حيث لا يحتمل أن يكون إذنهما مستلزماً لثبوت المهر عليهما.

و بذلك فيكون الحال فى المقام كسائر موارد ضـمانات العبد الثابته نتيجه إتلافه لشى ء أو غيره باستثناء القتل و قصاص الجروح حيث إنّ له أحكاماً خاصه فإنّه يتبع به بعد العتق، من دون أن يكون المولى ملزماً بشى ء على الإطلاق على ما تقتضيه القاعده.

(۳) فإنّ الكلام فيها كالكلام فى المهر بلا اختلاف بينهما.

(۴) عن أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل يزوج مملوكاً له امرأه حرّه على مائه

---

(۱) سوره النحل: ۱۶: ۷۶.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۴

و فى النفقه موثقه عمّار الساباطى (۱).

و لو تزوّج العبـد من غير إذن مولاـه ثمّ أجـاز، ففى كونه كالإذن السابق فى كون المهر على المولى أو بتعهّـده، أو لا، وجهان. و يمكن الفرق بين ما لو جعل المهر فى ذمّته، فلا دخل له بالمولى (۲)

درهم، ثمّ إنه بـاعه قبـل أن يـدخل عليهـا، فقـال: «يعطيهـا سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزله دين له اسـتدانه بأمر سيده» «۱».

إلّا أنها ساقطه سنداً، باعتبار أن على بن أبى حمزه هذا هو البطائنى الكذّاب المعروف.

(۱) قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السـلام) عن رجل أذن لعبده فى تزويج امرأه فتزوجها، ثمّ إن العبد أبق من مواليه، فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد، فقال: «ليس لها على مولاه نفقه و قد بانت عصمتها منه» الحديث «۲».

و هى واضحه الدلاله على المدعى، حيث إنّ ظاهرها أنّ نفقه زوجه العبد على مولاه ما لم يأبق فتسقط، لانتفاء عصمتها.

(۲) لأن الإجازه لما كانت إجازه

للعقد السابق بجميع خصوصياته، و كان مقتضى العقد السابق كون المهر فى ذمّه العبد، كان المهر على العبد لا محاله يتبع به بعد العتق من دون أن يكون للمولى دخل فيه. نظير ما لو أذن المولى قبل العقد فى تزوّج العبد على أن يكون المهر فى ذمته، حيث لا يقوم إذنه حينئذ إلّا بدور رفع المانع من قبله كما عرفت.

و لكن مع ذلك فقد قيل بأنّ المهر على المولى، لأنّ ذمّه العبد بعينها ذمّه المولى. كما قيل بأنّ القرينه الخارجيه بأنّ العبد لا يقدر على شى ء، قائمه على تعهده بالمهر عند الإذن.

---

(١) الوسائل: ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٧٨ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٧٣ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥

و إن أجاز العقد. أو فى مال معين من المولى أو فى ذمته، فيكون كما عين (١) أو أطلق، فيكون على المولى (٢).

إلّا أنه لا يمكن المساعده عليهما، و ذلك:

أمّا الأوّل: فلأن ما ذكر من أن ذمّه العبد غير مغايره لذمّه المولى فهو مما لا أساس له، بل للعبد ذمّه مغايره لذمّه المولى، و لذا لو أجاز المولى أن يتزوّج العبد مع كون المهر فى ذمته صحّ العقد و كان المهر فى ذمّه العبد يتبع به بعد العتق، بل قد عرفت أن ذمّه العبد تنشغل بالضمانات الناتجه عن الإتلاف بلا خلاف فيه، كما أنه لو أقرّ بشى ء قُبل إقراره و تبع به بعد العتق من دون أن تنشغل ذمّه المولى بشى ء. فما ذكر من أنّ العبد لا ذمّه له، لا يمكن المساعده عليه، و لا دليل يعضده.

أمّا الثانى: فلأن القرينه

لا تجرى فى المقام، لأن الإجازه إنما هى إجازه للعقد السابق بجميع خصوصـياته و بكيفيته التى وقع عليها، و حيث إنه قد اشتمل على كون المهر فى ذمّه العبـد، فلا مبرر للقول بتعهـد المولى به. على أنه لو فرضـنا ثبوت التعهّـد فلا ينفع ذلك فى إلزام المولى به، لما يأتى قريباً.

(۱) بلا خلاف و لا إشـكال، لما عرفت من أنّ الإجازه إنما تتعلق بالعقد السابق بجميع خصوصياته، فيتعين ما عينه العبد لا محاله، و يكون حاله حال الإذن السابق فى التزويج مع كون المهر فى ذمّه المولى أو عيناً معينه من أمواله.

(۲) للقرينه العرفيه التى تقـدّمت، فيكون حال الإجازه اللّاحقه فى هـذا الفرض حال الإذن السابق فى فرض الإطلاق و عـدم تعيين شى ء بخصوصه.

إلّا أن للمنـاقشه فى هـذا مجالًا. و ذلك فلأن الـذمم لما كانت مختلفه، و لم يمكن جعل المهر على ذمّه مجهوله، انصـرف عـدم التعيين إلى ذمّه العبـد نفسه، لأنه طرف المعامله و المعاقـده. و من هنا فحيث إن الإجازه متعلقه بما وقع و إجازه للعقد المتقدم، و كان ما وقع عباره عن تزوّج العبـد مع كون المهر فى ذمته و إن لم يـذكر ذلك بالتصـريح، فحال هـذه الإجازه حال الإذن السابق فى العقد مع التصريح بكون المهر فى ذمّه العبد، و لا تجرى القرينه العرفيه المتقدِّمه فى المقام.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۶

ثمّ إنّ المولى إذا أذن، فتـاره يعين مقـدار المهر، و تـاره يعمم، و تاره يطلق. فعلى الأوّلين لا إشـكال. و على الأخير ينصـرف إلى المتعارف (۱). و إذا تعدى وقف على

على أنّنا لو فرضنا جريانها فى المقام، بل لو فرضنا تصريح المولى عند الإجازه بتعهده بثبوت المهر فى ذمته،

فلا يخرج ذلک عن كونه وعداً محضاً لا دليل على إلزامه به، حيث لا موجب لانتقال المهر من ذمّه العبد إلى ذمّه المولى و فراغ ذمّه العبد به.

اللّهمّ إلّا أن يضمنه المولى عند الإجازه بالضمان الشرعى، فإن الحق حينئذٍ ينتقل إلى ذمّه المولى بلا إشكال.

نعم، فى فرض عدم الضمان لو قامت القرينه على أن إقدام العبد على هذا التزويج إقدام على أن يكون المهر فى ذمّه المولى كما لو علمت المرأه بأنّ العاقد عبد لا يملک شيئاً فلا بأس بالقول بأن المهر عند الإجازه يكون فى ذمّه المولى للقرينه المتقدِّمه حيث إن الإذن فيه إذن فى كون المهر فى ذمته، و بهذه القرينه يرفع اليد عن انصراف الإطلاق إلى كون المهر فى ذمّه العبد.

(۱) خارجاً بالنسبه إلى تزويج العبد من المرأه التى تناسبه.

و الوجه فى ذلک بعد ما ذكرنا فى باب الإطلاق أن المطلق شامل للفرد النادر أيضاً على حد شموله للفرد الشائع هو ما ذكرناه فى باب الوكاله و الاستعاره، من أن الملاک الأصلى و الواقعى إنما هو الرضا الباطنى للموكل و المعير و الآذن دون اللّفظ فإنه إنما يعتبر لكشفه عن الرضا الباطنى لا غير. فبهذا اللحاظ لا بدّ من الاقتصار على الفرد المتعارف، لأن الإذن لا يكشف إلّا عن الرضا الباطنى بالتصرف المتعارف كاللبس فيما يلبس و المطالعه فى الكتاب، و لا يكشف عن غير المتعارف كفرش ما يلبس أو سد فرجه الحائط بالكتاب، أو البيع بأقل من ثمن المثل أو الشراء بأكثر منه.

و من هنا فالإذن فى المقام ينصرف إلى الفرد المتعارف دون غيره، لعدم كاشفيه اللّفظ عن الرضا الباطنى بغيره.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۷

إجازته (۱). و قيل: يكون

الزائد فى ذمته يتبع به بعد العتق (٢).

و كذا الحال بالنسبه إلى شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف و الضعه. فإن تعدى وقف على إجازته (٣).

---

(١) لأن ما وقع لم يأذن فيه، و ما أذن فيه لم يقع، لكونه مقيداً بالمعين أو المتعارف.

(٢) و فيه: أنه لاـ موجب للتفكيك بين ما أذن المالك فيه و الزائد، لما عرفت من أن ما أذن فيه لم يقع، و ما وقع لم يأذن فيه. فالصحيح هو القول بالتوقف على الإجازه.

(٣) كل ذلك لما تقدّم من أن ما وقع لم يأذن فيه المولى، و ما أذن فيه لم يقع.

ثمّ إن فى المقام فرعين يرتبطان بمسأله المهر لم يتعرض إليهما الماتن (قدس سره) و لا بأس بالتعرض إليهما.

الأوّل: لو أطلق المولى الإذن فتزوج العبد من دون مهر، كان مهر المثل عند الدخول بها على المولى دون العبد، لما تقدّم من أن إذنه فى التزويج التزام منه بالمهر للقرينه العرفيه، فإنها قائمه على كون المهر عليه عند إذنه فى التزويج و إن كان ثبوته بالدخول بها.

الثانى: لو تزوّج العبد بإذن المولى، و بعد الدخول بها ظهر فساده لكون المرأه ذات بعل أو ذات عده أو غير ذلك مع عدم علمها بالحال حين العقد كان مهر المثل على المولى، لأنه بإذنه فى التزويج قد التزم بالمهر، فإذا ظهر بطلان العقد ثبت فى ذمته مهر المثل بدلًا من المسمّى.

و أما لو تزوّج العبد من غير إذن المولى، و دخل بها ثمّ ظهر الفساد:

فإن كانت المرأه عالمه بالحال فلا تستحق شيئاً، لأنها بغيه «و لا مهر لبغى». ففى معتبره السكونى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)،

قال: «قال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): أيّما امرأه حرّه زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه، فقد أباحت نفسها و لا صداق لها» «۱». و هى و إن كانت مطلقه إلّا أنه لا بدّ من تقييدها بصوره علم المرأه

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۴ ح ۳.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۸

....

لقوله (عليه السلام): «فقد أباحت نفسها» فإنها خير قرينه على اختصاصها بصوره العلم.

و إن كانت المرأه جاهله بالحال كما لو تخيلت حريته، أو أخبرها العبد بذلك فصدقته استحقت المهر فى ذمّه العبد يتبع به بعد العتق، لكونه حين العبوديه غير قابل لأداء المهر باعتبار أنه و ما فى يده لمولاه، من دون أن يكون للمولى دخل فيه لعدم إذنه فى ذلك.

ثمّ هل المهر الثابت فى ذمّه العبد هو المسمى فى العقد، أم مهر المثل؟

ذكر الفقهاء فى أبواب متفرقه من الفقه كالبيع و الإجاره و نحوهما، أن فساد العقد يوجب الانتقال إلى ثمن المثل إن كانت المعامله بيعاً، و أُجره المثل إن كانت إجاره أو ما شاكلها، باعتبار أن المشترى أو المستأجر إنما أقدم على قبض العين أو المنفعه بالضمان لا مجاناً، فإذا لم يسلم المسمّى لعدم إمضاء العقد من قبل الشارع، ثبت عليه المثل إذ لا يذهب مال المسلم هدراً، و على هذا الأساس ذكروا أن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده».

غير أنا قد ذكرنا فى محله أن ما ذكر لا يمكن المساعده عليه بإطلاقه، بل لا بدّ من التفصيل فى المقام. و ذلك لأن بطلان العقد قد يكون من جهه عدم أهليه من سلطه على المال لذلك، كما هو الحال فى بيع

الغـاصب، أو الوكيـل مع اشـتباهه فى متعلّق الوكاله، نظير ما لو وكله شـخص فى بيع داره فباع الوكيل دكانه خطأً. ففيه ينتقل إلى ثمن المثل بلا خلاف، لما ذكروه من أن المشترى لم يقـدم على قبض المال مجاناً، و إنما أقدم على قبضه مع كون ضـمانه عليه، فإذا لم يسلم المسمى ينتقل إلى ثمن المثل لا محاله، حيث لا يذهب مال المسلم هدراً.

و أُخرى يكون البطلان من جهه إيقاع من له السـلطنه على المال العقـد فاسـداً، بلا فرق بين كونه عالماً بـذلك أو جاهلًا. ففيه قد يفرض أن المسمّى أكثر من ثمن المثل و قد يفرض تساويهما، و قد يفرض زياده ثمن المثل عن المسمّى.

ففى الأوّل لا يجب على المشترى دفع المسمّى بلا إشكال، باعتبار أن ما أوجبه لم

....

يمض شـرعاً فـذمته غير مشغوله به، لكنه حيث أتلف مـال الغير مع الضـمان، فلا بـدّ من أن يخرج عن عهـدته إذ لا يـذهب مال المسلم هدراً، و تعيّن عليه دفع ثمن المثل لا محاله. و كذا الحال فى الفرض الثانى.

و أما الفرض الثالث فلا وجه لما ذكره أكثر الفقهاء بإطلاق كلامهم من الانتهاء إلى ثمن المثل.

و الوجه فيه أن المالك لما أقدم على إلغاء احترام ماله بالنسـبه إلى الزائد و سـلط المشترى على تلفه بالمقدار المعين، كان مفوتاً لاحترام ماله فلا يجب على المشترى الزائد. و لا يجرى فى المقام ما ذكر من أن مال المسلم لا يذهب هدراً، لأنه إنما يختص بما إذا لم يكن المالـك ملغيـاً لاحترام ماله. فيتعين حينئـذٍ دفع المسـمى خاصه، و من المطمأنّ به قوياً أن السـيره العقلائيه قائمه على ذلك.

و هذا الكلام بعينه يجرى

فی المقام. فإنّ الحرّه إذا أقدمت علی التزوج بمهر دون مهر أمثالها، فلا مقتضی للانتهاء إلی مهر المثل عند ظهور فساد العقد، لأنها هی التی ألغت احترام ما تستحقه من المهر بالنسبه إلی الزائد.

و هذا الحکم مضافاً إلی کونه علی طبق القاعده یدل علیه صحیح زراره عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغیر إذنه فدخل بها ثمّ أطلع علی ذلک مولاه، قال: «ذاک لمولاه، إن شاء فرَّق بینهما، و إن شاء أجاز نکاحهما. فإن فرَّق بینهما فللمرأه ما أصدقها، إلّا أن یکون اعتدی فأصدقها صداقاً کثیراً» الحدیث «۱».

فإنها واضحه الدلاله علی ثبوت المهر المسمی عند ظهور البطلان ما لم یکن العبد معتدیاً فیه، و من الواضح أن فرض عدم الاعتداء کما یشمل تساوی المهرین یشمل کون مهر المسمّی أقلّ من مهر المثل.

و الماتن (قدس سره) قد تعرّض لهذا الفرع فی المسأله الثالثه عشره من هذا الفصل، لکن الأولی تقدیمه إلی المقام لشده المناسبه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۴ ح ۲.

[مسأله ۴: مهر الأمه المزوَّجه للمولی]

[۳۸۰۴] مسأله ۴: مهر الأمه المزوَّجه للمولی (۱) سواء کان هو المباشر، أو هی بإذنه، أو بإجازته. و نفقتها علی الزوج (۲) إلّا إذا منعها مولاه عن التمکین

---

(۱) لأنّ المهر و إن لم یکن عوضاً فی النکاح و لذا یصحّ من دونه إلّا أنه شبیه به، لأنّ اعتباره إنما هو من جهه تمکن الزوج من الانتفاع بالمرأه و الاستمتاع بها المعبّر عنه بملکیّه البضع. و من هنا فحیث إن هذه المنافع مملوکه للمولی بلا إشکال، بتبع ملکیته للأمه نفسها، کان عوضه له لا محاله.

و مما یؤکِّد ذلک

معتبره أبی بصیر عن أحدهما (علیهما السلام) فی رجل زوّج مملوکه له من رجل حر علی أربعمائه درهم، فعجل له مائتی درهم و أخّر عنه مائتی درهم فدخل بها زوجها، ثمّ إن سیدها باعها بعد من رجل، لمن تکون المائتان المؤخّره علی الزّوج؟ قال: «إن کان الزوج دخل بها و هی معه و لم یطلب السید منه بقیه المهر حتی باعها، فلا شی ء له علیه و لا لغیره» «۱».

فإنها من حیث السند معتبره، لأن سعدان بن مسلم المذکور فی سندها و إن لم یرد فیه توثیق فی کتب الرجال، إلّا أنه مذکور فی أسناد کامل الزیارات و تفسیر علی بن إبراهیم «۲». و من حیث الدلاله واضحه بل صریحه فی أن المهر للمولی.

نعم، إنها تضمنت سقوط المؤجل من المهر بالدخول بها، و هی مسأله خلافیه لاختلاف الأخبار فیها، حیث دلّت جمله منها علی السقوط، فی حین دلّت جمله أُخری منها علی عدمه. إلّا أنها خارجه عن محل کلامنا، و سیأتی الحدیث عنها فی محلها إن شاء اللّه.

(۲) بلا إشکال فیه، علی ما یستفاد من قوله تعالی «وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ» «۳» و جمله من النصوص المعتبره. فإذا وجبت علی الزوج وضعاً کانت المرأه غنیه باعتبار کونها مالکه لها فی ذمّته، فلا یجب علی المولی الإنفاق علیها، لأن وجوبها

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۸۷ ح ۱.

(۲) معجم رجال الحدیث ۹: ۱۰۴.

(۳) سوره البقره ۲: ۲۳۳.

لزوجها، أو اشترط کونها علیه (۱).

و للمولی استخدامها بما لا ینافی حق الزوج (۲). و المشهور أن للمولی أن یستخدمها نهاراً، و یخلی بینها و بین الزوج

ليلًا، و لا بأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار [۱] (۳). و لو اشترطا غير ذلك فهما على شرطهما (۴).

عليه تكليفى محض فلا يجب مع غناها.

نعم، لو سقطت بالنشوز، كما ذهب إليه المشهور؛ أو بخروجها من داره و انفصالها عنه، كما اخترناه؛ وجبت نفقتها على المولى لكونها فقيره حينئذٍ.

(۱) فينفذ لعموم «المؤمنون عند شروطهم». هذا إذا كان الشرط شرط الفعل بمعنى اشتراط كون أدائها عليه. و أما لو كان الشرط بنحو شرط النتيجه، أعنى اشتراط ثبوتها عليه، فلا.

(۲) لأنّها بالتزويج لا تخرج عن ملكه، بل تبقى مملوكه له كما كانت، فيكون مقتضى القواعد جواز استخدامها للمولى متى شاء فى غير الاستمتاع إذا لم يكن منافياً لحق الزوج، حيث إنه قد ملكه هذه المنفعه فلا يجوز له التصرف فيه أو تفويته عليه.

(۳) و هو ما رواه فى الجعفريات، قال: أخبرنا عبد اللّٰه، أخبرنا محمد، حدثنى موسى، قال حدثنا أبى، عن أبيه، عن جدّه جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن على (عليهم السلام) أنه قال: «إذا تزوّج الحر الأمه، تخدم أهلها نهاراً و تأتى زوجها ليلًا و عليه النّفقه إذا فعلوا ذلك به، و إن حالوا بينه و بين امرأته فلا نفقه لهم عليه» «۱». إلّا أن سند الكتاب غير موثق و إن أصر الشيخ النورى (قدس سره) على صحته، غير أنه لا دليل عليه.

و من هنا فلا وجه لما ذكر، بل لا بدّ من الالتزام بالجواز مطلقاً ما لم يكن منافياً لحق الزوج، و عدم الجواز كذلك عند منافاته له.

(۴) لعموم وجوب الوفاء بالشرط.

---

[۱] لكنّه ضعيف، و الأوجه ما ذكره أوّلًا.

---

(۱) الجعفريات (حجرى): ۱۰۵ ۱۰۶.

و لو أراد زوجها أن

يسافر بها، هل له ذلک من دون إذن السيد؟ قد يقال: ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها، فإنه يجوز له من دون إذن الزوج. و الأقوی العکس [۱] (۱) لأنّ السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم

---

(۱) بل الأقوی هو القول بعدم الجواز لکل منهما. و ذلک لاستلزام سفر کل منهما بها تفويت الحق الثابت للآخر، فسفر المولی بها يستلزم تفويت حق الزوج، کما أن سفر الزوج بها يستلزم تفويت حق المولی فی استخدامها، فلا يجوز ذلک لکل منهما إلّا بإذن الآخر، بل لو خالف الزوج ضمن المنافع الفائته للمولی.

ثمّ فی فرض تعارضهما، فهل تجب علی الأمه إطاعه زوجها، أم تجب عليها طاعه مولاها؟

الصحيح هو أن يقال: إنّ المقام لما کان من مصاديق التزاحم، حيث لا يمکن الأمه الجمع بين السفر و عدمه، فلا بدّ من القول بالتخيير إن لم يکن هناک مرجع لأحد الطرفين. لکن من غير البعيد أن يقال بترجيح حق المولی، لأنه أقوی باعتبار کونه مالکاً للعين و المنفعه، بخلاف الزوج حيث لا يملک إلّا منفعه الاستمتاع. و يکفينا فی تقديم حق المولی احتمال الأقوائيه، فإنه منجز فی باب التزاحم علی ما بُيّن فی محله.

و بعباره اخری نقول: إنّ الأمه لما لم يمکنها الجمع بين حق المولی و حق الزوج حيث يأمر أحدهما بالسفر و الآخر بالبقاء، وقع التزاحم بين الأمرين لا محاله باعتبار أن کلّاً منهما مشروط بالقدره، و مقتضاه هو التخيير ما لم يحتمل أهميّه أحدهما، و إلّا قدم ما احتمل أهميته. و حيث فی المقام يحتمل أهميه أمر المولی، لکونه مالکاً للعين و جميع منافعها باستثناء منفعه الاستمتاع، تعيّن عليها إطاعته لا محاله.

---

[۱] بل الأقوی

عدم الجواز لكل من السيِّد و الزّوج بدون إذن الآخر، لأنّ لكل منهما حق الانتفاع من الأمه أحدهما بالاستخدام و الآخر بالاستمتاع، و لا يجوز لواحد منهما تفويت حق الآخر بدون رضاه، و أما الأمه فبما أنه يجب عليها إطاعه زوجها و إطاعه سيِّدها ففى صوره المعارضه بينهما يدور أمرها بين المحذورين و لا يبعد تقديم حق السيِّد لاحتمال أهميته.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ۴٣

الزوجيه، و «الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَى النِّساءِ» (١).

و أما العبد المأذون فى التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلّا ما كان واجباً عليه من الوطء فى كل أربعه أشهر (٢) و من حق القسم.

[مسأله ۵: إذا أذن المولى للأمه فى التزويج و جعل المهر لها، صحّ]

[٣٨٠۵] مسأله ۵: إذا أذن المولى للأمه فى التزويج و جعل المهر لها، صحّ على الأقوى من ملكيه العبد و الأمه (٣) و إن كان للمولى أن يتملك ما ملكاه، بل الأقوى

---

(١) الظاهر أن هذه الآيه الكريمه أجنبيه عن محلّ الكلام، فإنها وارده فى أن الرجل يقوّم ظهر المرأه و وجوب إطاعته عليها، و من الواضح أن هذا لا ينافى وجوب إطاعه المولى عليها أيضاً.

(٢) فلا تجب إطاعته لمخالفته لأمر اللّه تبارك و تعالى، و لا طاعه لمخلوق فى معصيه الخالق.

(٣) الكلام تاره فى إمكان ملكيتهما، و أُخرى فى وقوعه خارجاً و الدليل عليه.

أمّا المقام الأوّل: فلا ينبغى الشك فيه، فإنّ الملكيه إنما هى من الأُمور الاعتباريه و قائمه بالاعتبار و هو سهل المئونه، فللشخص أن يعتبر ما يشاء ما دام يترتّب عليه الأثر كى لا يكون لغواً. و أما من تقوم به الملكيه و يكون مالكاً فلا دليل على اعتبار كونه حرّا، بل يمكن أن يكون جماداً كالوقف على المسجد و

ما شاكله.

و أمّا المقام الثانی: فیمکن الاستدلال علی وقوعه بجمله من النصوص المعتبره:

کالتی دلّت علی نفی الزکاه فی مال العبـد «۱». فإنه ظاهر فی کون العبـد مالکاً، غایه الأمر أن أمواله مسـتثناه، من حکم الزکاه، و إلّا فلو لم یکن العبد مالکاً لم یکن وجه لنفی الحکم عنه، لکونه سالبه بانتفاء الموضوع.

و التی دلّت علی أن العبد لا یرث و لا یورث «۲». فإن الحکم بأنه لا یورث ظاهر فی

---

(۱) الوسائل: ۹: ۹۱ وجوب الزکاه علی الحر و عدم وجوبها علی العبد ح ۱۱۵۹۷، ۱۱۵۹۸.

(۲) الوسائل، ج ۲۶ کتاب الفرائض و المواریث، أبواب موانع الإرث، ب ۱۶.

کونه مالکاً لهما و لمالهما ملکیه طولیه (۱).

أنه یملـک، إلّـا أن أمواله لاـ تنتقـل بموته إلی ورثته، و إلّـا فلو لم یکن له مـال لعـدم قـابلیته للملکیه، لم یکن وجه للقول بأنه لا یورث.

و التی دلّت علی أن العبـد لیس له التصـرف فی أمواله من دون إذن سیده، کصـحیحه عبـد اللّه بن سـنان عن أبی عبد اللّه (علیه السـلام)، قـال: «لاـ یجوز للعبـد تحریر و لا تزویـج و لا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه» «۱». فإنها تـدل و بکمال الصـراحه علی أن العبد یملک، غایه الأمر أنه محجور علیه و لیس له التصرف إلّا بإذن مولاه.

(۱) إذ لاـ محـذور فیه عقلًـا، نظراً إلی أن الملکیه من الأُمور الاعتبـاریه، فلاـ یـأتی فیهـا التضـادّ أو التناقض أو التماثل، لأنها إنما تختص بالأُمور التکوینیه الموجوده فی الخارج، فلا مانع من اعتبار شـی ء و اعتبار عـدمه فی آن واحـد عقلًا، غایه الأمر أنه یکون لغواً و لا یصدر من الحکیم إذا لم یکن له أثر،

و إلّا فلا لغويه فيه أيضاً، كما هو الحال فى اعتبار وكيلين أو متوليين مستقلين بحيث يعمل كلٌّ منهما منفرداً عن الآخر.

هذا بشكل عام. و أما فى خصوص الملكيه فاعتبارها لشخصين كلّ منهما مستقلا عن الآخر لغو محض، لأنّ مقتضى اعتبار ملكيه زيد له هو جواز تصرفه فيه كيف يشاء و انتقاله إلى ورثته بعد موته، فى حين إنّ مقتضى اعتبار ملكيه عمرو له هو عدم جواز تصرف زيد فيه فى حياته و عدم انتقاله إلى ورثته بعد وفاته، و كذا العكس فيكون لغواً محضاً.

و من هنا فقد ذكرنا فى باب الجمع بين الأحكام الظاهريه و الواقعيه، أنه لا استحاله فى الجمع بين الحكمين مطلقاً، سواء أ كانا معاً واقعيين، أم كانا ظاهريين، أم كان أحدهما واقعياً و الآخر ظاهرياً.

غايه الأمر أن الأوّل لغو لا يصدر من الحكيم، لا سيما إذا قلنا بتبعيه الأحكام للمصالح و المفاسد فى متعلقاتها، فإنه حينئذ لا يمكن الجمع بينهما أيضاً، حيث لا يمكن

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۳ ح ۱.

....

أن يكون الشى ء الواحد واجداً للمصلحه الراجحه و المفسده الراجحه فى آن واحد.

و أمّا الثانى فهو كالأوّل فى اللغويه، حيث لا يمكن للمكلف امتثالهما فى الخارج.

و أمّا الثالث فلا محذور فيه أصلًا، إذ إنهما لا يصلان معاً إلى المكلف أصلًا، فإذا وصل الأوّل ارتفع موضوع الثانى، و إذا وصلت النوبه إلى العمل بالثانى فلا بدّ من فرض عدم الأوّل. و من هنا فلا يكون جعلهما معاً لغواً، فضلًا عن كونه ممتنعاً عقلًا.

و الحاصل أنه لا محذور عقلًا من اعتبار ملكيه شى ء لشخصين مستقلين فى نفسه مع

كون أحـدهما فى عرض الآخر، فضـلًا عن كون ملكيه المولى طوليه، نعم، هو عبث و لغو فلا يصدر من الحكيم، غير أن هذا غير الامتناع العقلى، كما لا يخفى.

و أمـا بالنسـبه إلى خصوص العبـد و مولاـه، فاعتبـار ملكيه شـى ء واحـد لكـل منهما مسـتقلا فى عرض الآخر، فمضافاً إلى أنه لا يصـطدم بـأى محـذور عقلى، لا يأتى فيه محـذور اللغويه، لأن العبـد ممنوع من التصـرف و لا يورث، فلا يأتى فيه ما ذكر من أن اعتبار الملكيه له يقتضى جواز تصرفه فيه كيف يشاء و انتقاله إلى ورثته بعد موته، إذ إنه لا يقدر على شى ء.

إلّا أنه لا دليل عليه. بل ربّما ينافى ما دل على جواز هبه المولى لعبده شيئاً «۱». فإن مفهومها إنما هو رفع اليد عن الملكيه و سلب مالكيته عن شـى ء و جعلها لآخر، فإنه لا ينسـجم مع كون المولى مالكاً لـذلك الشـى ء فى عرض مالكيه العبد أيضاً، إذ إنه إنما يكون حينئذ من إضافه مالك إلى مالك لا سلب المالكيه عن شخص و جعلها لآخر.

بـل و ربّمـا ينافيه ما دلّ على نفى الزكاه عن مال العبـد «۲». فـإن المـال لو كان مملوكاً للمولى أيضاً، لوجبت فيه الزكاه من هـذه الجهه، و هو يتنافى مع الحكم بأنه لا زكاه فيه.

و بـالجمله فالالتزام بملكيه المولى للمال فى عرض ملكيه العبـد له، مضافاً إلى أنه لا دليل عليه، ينافيه بعض النصوص الوارده فى أبواب متفرقه من الفقه.

---

(۱) الوسائل ۱۸: ۳۶۸ أبواب بيع الحيوان من كتاب التجاره ح ۲۳۶۴۷.

(۲) الوسائل ۹: ۹۱ كتاب الزكاه، باب ۴ ح ۱۱۵۹۷ و ۱۱۵۹۸.

....

إذن فالصحيح هو الالتزام بما ذكره الماتن (قدس سره) من

ملكيه المولى للمال ملكيه طوليه، بمعنى أن المال مملوك للعبـد أوّلًا و بالـذات، غايه الأمر أن المولى يملكه أيضاً باعتبار ملكيته لمالك المال أعنى العبد فهو مملوك له بالتبع لا بالأصاله، فإنّ هذا الالتزام لا محذور فيه أصلًا.

و تدلّ عليه صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) أنه قال فى المملوك: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيّه إلّا أن يشاء سيده» «۱».

و صحيحه إسحاق بن عمار، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): ما تقول فى رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقل أو أكثر، فيقول: حلّلنى من ضربى إياك، و من كل ما كان منّى إليك و ما أخفتك و أرهبتك، فيحلِّله و يجعله فى حل رغبه فيما أعطاه ثمّ إنّ المولى بعد أصاب الدراهم التى أعطاه فى موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولى، إحلال هى؟ فقال: «لا». فقلت له: أ ليس العبد و ماله لمولاه؟ فقال: «ليس هذا ذاك» ثمّ قال (عليه السلام): «قل له فليرد عليه، فإنه لا يحل له، فإنه افتدى بها نفسه من العبد مخافه العقوبه و القصاص يوم القيامه» «۲».

فإنّ قول إسحاق (أ ليس العبد و ماله لمولاه) و إجابه الامام (عليه السلام) عنه بأنه «ليس هذا ذاك» ظاهر الدلاله فى أن ملكيه المولى للعبد و من ثمّ لما يملكه من الأُمور أمر مفروغ عنه.

و الحاصل أن العبد مالك لأمواله أوّلًا و بالذات، و مولاه مالك لتلك الأموال لكن بتبع ملكيته للعبد نفسه، فملكيه المال المعين معتبره مرّتين: تاره للعبد بالذات، و أُخرى للمولى بتبع ملكيته للعبد، و قد عرفت أنه لا محذور فى

هذين الاعتبارين ما دامت هناک مصلحه فيه.

هذا مضافاً إلى دلاله صحيحتی محمد بن قيس و إسحاق بن عمار علی ما ذکرناه.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصايا، ب ۷۸ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۱۸ کتاب التجاره، أبواب بيع الحيوان، ب ۹ ح ۳.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۴۷

[مسأله ۶: لو کان العبد أو الأمه لمالکين أو أکثر]

[۳۸۰۶] مسأله ۶: لو کان العبد أو الأمه لمالکين أو أکثر، توقف صحّه النّکاح علی إذن الجميع أو إجازتهم (۱). و لو کانا مبعضين، توقف علی إذنهما و إذن المالک (۲) و ليس له إجبارهما حينئذ (۳).

[مسأله ۷: إذا اشترت العبد زوجته بطل النِّکاح]

[۳۸۰۷] مسأله ۷: إذا اشترت العبد زوجته بطل النِّکاح (۴) و تستحق المهر

نعم، لا بدّ من استثناء صوره واحده من هذا الحکم، حيث لا يملک المولی فيها مال العبد بتبع ملکيته له، و هی ما لو أعطی المولی شيئاً لعبده فی قبال أن يحلّله مما اعتدی عليه فراراً من العقاب الأُخروی، و ذلک لصريح صحيحه إسحاق بن عمار المتقدِّمه فيملک العبد هذا المال مستقلا و من دون أن يملکه المولی بالملکيه الطوليه.

(۱) لما تقدّم فی المالک المتحد، إذ لا فرق بين المتحد و المتعدِّد، فإنهم جميعاً يملکونه و لکل منهم حصه فيه، فلا يصحّ التزويج من دون إذن المالک أو إجازته.

(۲) أمّا اعتبار إذنهما فللحاظ الجزء الحر، حيث لا سلطنه للمولی عليه. و أما اعتبار إذن المالک فللحاظ الجزء المملوک، حيث يکون التصرف فيه بغير إذنه تعدياً علی سلطانه، و تصرفاً فی ماله بغير رضاه.

(۳) لعدم السلطنه علی جزئهما الحر.

(۴) الروايات الوارده فی المقام أربع:

إحداها: وارده فی شراء الحرّه زوجها العبد، و هی روايه سعيد بن يسار، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن امرأه حرّه

تكون تحت المملوك فتشتريه، هـل يبطل نكاحه؟ قال: «نعم، لأنه عبـد مملوك لا يقـدر على شـی ء» «۱». إلّا أنها ضعيفه السند، من جهه أن شيخ الكلينى (قدس سره) أبا العباس محمد بن جعفر لم يرد فيه توثيق.

و ثلاث منها وارده فی الإرث، هی:

أ- صحيحه عبد اللّه بن سنان، قال: سمعت أبا

عبد اللّه (علیه السلام) یقول فی

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۹ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۴۸

....

رجل زوج أم ولـد له مملوکه، ثمّ مات الرّجل فورثه ابنه فصار له نصـیب فی زوج امّه ثمّ مات الولد أ ترثه امّه؟ قال: «نعم». قلت: فإذا ورثته، کیف یصنع و هو زوجها؟ قال: «تفارقه و لیس له علیها سبیل و هو عبدها» «۱».

ثمّ إن صاحب الوسائل (قدس سره) قد جعل کلمه «و هو عبدها» بین قوسـین و جعل علیها حرف (خ) إشاره إلی أنها نسخه، غیر أننا عنـد مراجعتنا إلی المصـدر وجدنا أنّ الکلمه ثابته فیه من غیر الإشاره إلی کونها نسـخه، فما فعله (قدس سـره) لعلّه من سـهو القلم.

ب- صـحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی سریه رجل ولدت لسیدها ثمّ اعتزل عنها فأنکحها عبـده ثمّ توفِّی سیِّدها و أعتقها فورث ولـدها زوجها من أبیه، ثمّ توفی ولـدها فورثت زوجها من ولدها، فجـاءا یختلفـان یقول الرجـل: امرأتی و لاـ أُطلقها، و تقول المرأه: عبـدی لا یجامعنی. فقالت المرأه: یا أمیر المؤمنین، إن سـیدی تسـرانی فولدنی ولداً ثمّ اعتزلنی فأنکحنی من عبده هذا، فلما حضـرت سـیدی الوفاه أعتقنی عند موته و أنا زوجه هذا و إنه صار مملوکاً لولـدی الـذی ولـدته من سـیدی، و إن ولـدی مات ثمّ ورثته، هل یصـلح له أن یطأنی؟ فقال لها: هل جامعک منـذ صار عبدک و أنت طائعه؟ قالت: لا یا أمیر المؤمنین. قال: لو کنت فعلت لرجمتک، اذهبی فإنه عبدک لیس له علیک سبیل. إن شئت أن تبیعی، و إن شئت أن

ترقى، و إن شئت أن تعتقى» «۲».

ج- معتبره إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه (علیه السلام)، قال فی امرأه لها زوج مملوک فمات مولاه فورثته، قال: «لیس بینهما نکاح» «۳».

و هذه النصوص و إن كانت وارده فی تملکها له بالإرث، إلّا أنّ الظاهر من الصحیحتین الأُولیین هو أن انفساخ الزوجیه إنما هو من جهه عدم اجتماع الزوجیه

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۹ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۹ ح ۲.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۹ ح ۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۴۹

إن کان ذلک بعد الدخول (۱). و أما إن کان قبله، ففی سقوطه، أو سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه [۱]، وجوه مبنیه على أنه بطلان أو انفساخ (۲). ثمّ هل یجری علیها حکم الطّلاق قبل الدخول أو لا؟ و على السقوط کلّاً إذا اشترته بالمهر الذی کان

و العبودیه مطلقاً، و إن الرجل الذی هو عبد للمرأه «و لیس له علیها سبیل» لا یصلح أن یکون زوجاً لها و یقوم ظهرها، من دون أن یکون لسبب العبودیه خصوصیّه.

و من هنا فیتم ما ذکره الماتن (قدس سره)، و إن کانت الروایه الوارده فی شرائها لزوجها ضعیفه السند.

(۱) بلا إشکال فیه و لا خلاف، لاستقراره بالدخول بعد أن کان العقد صحیحاً فلا موجب لسقوط بعضه فضلًا عن تمامه.

(۲) و ذلک لأن ارتفاع العقد عند طرو ما یوجب زواله بعد الحکم بصحته، إنما یکون على نحوین:

الأوّل: زواله على نحو تقدیر أنه لم یکن، فیفرض العقد حین طرو الرافع کأنه لم یقع فی الخارج

و لم يكن فى حينه، كما هو الحال فى موارد الفسخ بالخيار.

الثانى: زواله من حين طرو العذر و بطلانه عند تحقق السبب، كما هو الحال فى الطلاق.

أما على النحو الأوّل، فلا يجب على أحد المتعاقدين شى ء للآخر، لارتفاع العقد و فرضه كأن لم يكن، و فى حكم الفسخ الانفساخ، أعنى حكم الشارع به و إن لم يكن هناك فسخ من المتعاقدين. كما هو الحال فى باب التداعى، فإذا ادعى البائع أن المبيع كان داراً و ادعى المشترى أنه كان بستاناً حكم بالانفساخ، و فرض العقد كأن لم يكن من الأوّل.

ففى المقام لو فرض الانفساخ فليس للزوجه شى ء من المهر، لأنه مأخوذ فى ضمن العقد و هو قد فرض كأن لم يكن، فلا موجب لثبوته مجرداً عنه، سواء أ كان الفسخ

---

[١] لا يبعد أنه المتعين.

....

من قبله أو من قبلها.

نعم، فى خصوص ما لو فسخت المرأه العقد لظهور الرجل عنيناً، تستحق عليه نصف المهر، للنص على ما سيأتى بيانه و إلّا فمقتضى القاعده عدم استحقاقها شيئاً لفرض العقد غير واقع فى الخارج.

و أما على النحو الثانى، كما لو عرض البطلان نتيجه لارتضاع ابن الزوج من أُم الزوجه، فإنه يبطل النكاح حيث لا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن أو المرضعه، لكنّه لا يعدّ فسخاً و رفعاً للعقد من الأوّل و فرضه كأن لم يكن، و إنما هو حكم بأنه كالعدم من الآن.

و على هذا فتستحق المرأه فى هذا التقدير المهر. لكنها هل تستحقه بتمامه، أو تستحق نصفه خاصه؟ خلاف بين الأصحاب، فمنهم من ذهب إلى الأوّل، و منهم من اختار الثانى.

و الصحيح هو الأوّل. و الوجه فيه أن سقوط

المهر كلّاً أو بعضاً بعد ثبوته بالعقد و ملكيه الزوجه له على الزوج أو سيده، يحتاج إلى الدليل، و إلّا فمقتضى إطلاق أدلّته هو ثبوته تماماً فى ذمته، و حيث لا دليل فى المقام فلا مجال للمصير إليه.

نعم، دلّت الآيه الكريمه و جمله من النصوص على سقوط النصف فى الطلاق «۱» كما ورد النص فى إبراء الرجل لزوجته المنقطعه قبل أن يدخل بها «۲». كما إن ذلك هو الصحيح عندنا فى الموت أيضاً للنص الصحيح «۳» و إن خالف فيه جماعه فالتزموا بثبوت التمام، أو قيل بالتفصيل بين موت الزوج و موت الزوجه.

و أما فى غير هذه الموارد من موارد بطلان العقد و ارتفاعه بقاءً، فحيث لا دليل على سقوط شى ء من المهر، فلا وجه للقول به بل اللازم هو الالتزام بثبوت تمامه.

ثمّ إنه يظهر من كلمات بعضهم التفصيل فى المقام بالقول: بأن سبب البطلان إن كان

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ۵۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۳۰.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ۵۸.

لها فى ذمّه السيِّد بطلَ الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض (۱). نعم، لا بأس به

هو الزّوج، وجب عليه دفع تمام المهر إليها. و إن كانت هى الزوجه سقط المهر أجمع. و إن كانا هما معاً انتصف المهر، فيسقط نصفه و يجب عليه دفع النصف الآخر إليها.

و لم نعرف لهذا القول وجهاً، غير دعوى استناد التفويت إلى من هو سبب البطلان فيضمنه للآخر.

إلّا أنها مما لا يمكن المساعده عليها. و ذلك لأنّ الزوجيه ليست من الماليات كى تضمن عند تفويتها، و لذا لو قتل شخص

زوجه أحد لم يضمن مضافاً إلى ديتها عوض الزوجيه. و كذا لو تصدى الغير للبطلان و سبب فيه، كما لو تصدّت أَم الزوجه لإرضاع الطفل عمداً فحرمت المرأه على زوجها، فلا يحتمل ثبوت المهر عليها مع أنها هى التى فوتت الزوجيه و أبطلتها.

و الحاصل أنّ فى موارد الفسخ أو الانفساخ لا يثبت للزوجه شى ء من المهر بالمرّه عدا مورد الفسخ نتيجه لعنن الزّوج حيث يثبت لها نصف المهر. و أما فى موارد البطلان، ففى غير الموارد التى دلّ الدليل على سقوط النصف كالموت و الطلاق و الإبراء لا يسقط من المهر و لا جزء من الألف فضلًا عن نصفه، بل تستحق تمام ما سمِّى فى العقد.

(١) لانفساخ الزوجيه بمجرد شراء الزوجه زوجها، فيرجع المهر إلى السيد لا- محاله، و بذلك لا يتحقق مفهوم البيع الذى هو عباره عن مبادله مال بمال، لأنّ تملك العبد حينئذ يكون بلا عوض. و ليس هذا تخصيصاً فى أدله البيع أو شراء الزوجه زوجها، و إنما هو خروج عنها بالتخصص، حيث لا يتحقق فيه مفهوم البيع و الشراء.

و قد خالف فى ذلك شيخنا الأُستاذ (قدس سره)، حيث التزم بالصحّه. بدعوى أن سقوط المهر معلول لشراء الزوجه العبد، و إلّا فالزوجيه قبل ذلك ثابته و المهر لازم للمولى و هى تملكه بلا خلاف، و إنما يعرض البطلان فى مرتبه متأخره عن الشراء. و من هنا فحيث إن المرأه تملك المهر فى رتبه الشراء، فلا وجه للحكم بالبطلان، لعدم خلو البيع عن العوض.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٥٢

....

و قد أشكل عليه فى بعض الكلمات بأنه لا فرق فى البطلان بين أن يكون فى مرتبه متقدمه عن الشراء، أو يكون فى مرتبه

لاحقه له. فإن سقوط المهر فى الرتبه اللاحقه للشراء، موجب لبطلان الشراء فى الرتبه اللاحقه، فيلزم نفس المحذور المذكور فى المتن.

و لكنّه مندفع بأنه لا موجب للحكم ببطلان البيع فيما إذا كان سقوط المهر فى مرحله متأخره عنه، بل لا بدّ من الحكم بالصحّه و لزوم دفع بدل المهر إلى السيِّد على الزوجه، نظراً لتلف نفس المهر حكماً بانتقاله إلى البائع فى مرحله سابقه عن انفساخ العقد، كما هو الحال فى سائر موارد الفسخ أو الانفساخ بعد تلف العوض حقيقه أو حكماً بالانتقال اللّازم عن ملكه.

ففى المقام يقال: إنّ الزوجه حينما اشترت زوجها كانت مالكه للمهر، فصح البيع لتماميه الشروط. و حينما حكم ببطلان الزوجيه فى مرحله متأخره عن الشراء، وجب عليها إرجاع المهر إلى من كان المهر عليه، و حيث إنه تالف لانتقاله عنها لزمها دفع بدله، كما هو الحال فى جميع موارد تأخر الفسخ عن تلف أحد العوضين، و لا موجب لدعوى البطلان فى المقام.

غير أن هذا لا يعنى تماميه ما أفاده شيخنا الأُستاذ (قدس سره)، فإنه مما لا يمكن المساعده عليه.

و ذلك لما ذكرناه فى كتاب الصلاه عند تعرض المصنف (قدس سره) لما إذا نسى المصلِّى التسليم حتى صدر منه الحدث، من الحكم بالصحّه بالنظر إلى أن دليل «لا تُعاد» «١» شامل للتسليم أيضاً، حيث إنه ليس من الخمسه المستثناه، فيدلّ على سقوط جزئيته عند النسيان، كما هو الحال فى سائر أجزاء الصلاه التى لا تعاد منها. و من هنا يكون الحدث بعد الفراغ من الصلاه لا محاله، لسقوط جزئيه التسليم فيحكم بالصحّه فيه.

و ما قيل من أنّ الخروج عن الصلاه لما كان معلولًا للحدث و فى مرتبه متأخره

---

(١) الوسائل، ج

۶ كتاب الصلاه، أبواب التشهد، ب ۷ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۵۳

إذا كان الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذ (۱).

و عن العلامه فى القواعد: البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمّه العبد و إن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءه ذمته من المهر، فيخلو البيع عن العوض. و هو مبنى على عدم صحّه ملكيه المولى فى ذمّه العبد. و يمكن منع عدم الصحّه (۲). مع أنه لا يجتمع ملكيتها له و لما فى ذمته، بل ينتقل ما فى ذمّته إلى

عنه، كان الحدث فى مرتبه سابقه عن الخروج و هى حاله الصلاه، و من هنا فلا محيص عن الحكم بالبطلان.

مدفوع بما ذكرناه فى مبحث الترتب و مبحث الواجب المشروط من المباحث الأُصوليه، من أن نسبه الأحكام الشرعيه إلى تمام موضوعاتها إنما هى نسبه المعلول إلى العله التامه فى التكوينيات، فهما مختلفان رتبه و متحدان من حيث الزمان حيث لا يفصل بينهما أى فاصل زمانى. و من هنا فزمان الحدث هو بعينه زمان الخروج من الصلاه و إن كان الثانى متأخراً فى الرتبه عن الأوّل، إلّا أنه لا عبره بذلك و إنما العبره بالزمان، و حيث إنه لا زمان يقع فيه الحدث مغايراً لزمان الخروج عن الصلاه بحيث يصدر منه الحدث و هو فى الصلاه، فلا موجب للحكم بالبطلان.

فإنّ هذا الكلام يجرى بعينه فى المقام، فيقال: إنّ الزوجه فى زمان انتقال العبد إلى ملكها لم تكن مالكه للمهر، لانتقاله فى ذلك الزمان إلى ملك من كان عليه المهر و إن كانا يختلفان فى الرتبه، و على هذا فليس هناك زمان ينتقل فيه المهر إلى البائع كى ينتقل العبد إلى ملك الزوجه و

تحصـل به مبـادله المـال بالمـال، کی یحکم بالصـحّه، بـل لاـ محیص عن الالتزام بالبطلان، لخلو البیع عن العوض و عـدم تحقق مبادله بالمال.

(۱) بلاـ خلاف فیه. حیث یکون ملکاً طلقاً لها تفعل به ما تشاء، فإذا اشترت به العبـد من مولاه حکم بصـحّه البیع، و به یسـقط ما فی ذمّه المولی، کما هو الحال فی الشراء من المدین.

(۲) بل قد عرفت أنه هو الصحیح، فإنه یضمن ما یتلفه من أموال المولی بلا خلاف، فیتبع به بعد العتق.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۵۴

المولی بالبیع (۱) حین انتقال العبد إلیها.

[مسأله ۸: الولد بین المملوکین رقّ]

[۳۸۰۸] مسأله ۸: الولـد بین المملوکین رقّ [۱] (۲) سواء کان عن تزویـج مأذون فیه، أو مجاز، أو عن شـبهه مع العقـد أو مجرّده (۳)، أو عن زنا منهما، أو من

---

(۱) ثمناً و عوضاً لانتقاله هو إلی الزوجه.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، موسوعه الإمام الخوئی، ۳۳ جلد، مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

موسوعه الإمام الخوئی؛ ج ۳۳، ص: ۵۴

(۲) بلا إشکال و لا خلاف فیه بین المسلمین قاطبه، فإنه نماء لهما، فیتبعهما فی الرقیه.

و تـدلّ علیه مضافاً إلی السـیره القطعیه المتصـله بعهد المعصومین (علیهم السـلام) فإنّ المسـلمین کانوا یملکون العبید و الإماء، و کـانوا یملکون أولاـدهم أیضاً من غیر ردع أو زجر جمله من النصوص المعتبره الـداله علی حریه المولود من أبوین أحـدهما حرّ «۱» فإنّ هذه الأسئله و الأجوبه إنما تکشف عن وضوح مملوکیه المولود من المملوکین لدی السائل.

و یؤیِّد ذلـک خبر أبی هـارون المکفوف، قـال: قال لی أبو عبـد اللّه (علیه السـلام): «أ یسـرک أن یکون لک قائـد؟» قلت: نعم، فأعطانی ثلاثین دیناراً و قال: «اشتر خادماً کسومیاً»

فاشتراه، فلما أن حجّ دخل عليه فقال له: «كيف رأيت قائدك يا أبا هارون»؟ قال: خيراً. فأعطاه خمسه و عشرين ديناراً و قال له: «اشتر له جاريه شبانيه، فإنّ أولادهنّ فره» فاشتريت جاريه شبانيه فزوجتها منه فأصبت ثلاث بنات، فأهديت واحده منهنّ إلى بعض ولد أبى عبد اللّه (عليه السلام) و أرجو ان يجعل ثوابى منها الجنه، و بقيت ثنتان ما يسرّنى بهن أُلوف «٢».

غير أنّ هذه الروايه لا تخلو من الإشكال فى السند.

(٣) بلا خلاف فيه. فإنه نماء لهما و ينتسب شرعاً إليهما، فيكون رقّاً لا محاله، كما

---

[١] هذا إذا كانت الأُم أمه، و أمّا إذا كانت حرّه فلا يبعد أن يكون الولد حرّا و إن كانت زانيه أو عالمه بفساد العقد، و سيأتى منه (قدس سره) فى المسأله الرابعه عشره الفرق بين الزنا و فساد العقد على خلاف ما ذكره هنا.

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٢ ح ١.

أحدهما، بلا عقد أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما (١).

و أما إذا كان أحد الأبوين حراً، فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح (٢) أو شبهه

هو الحال فى التزويج الصحيح.

(١) كل ذلك لكونه نماءً لهما، فلا يتّصف بالحريه مع كونهما رقّين، بل يتبعهما فى العبوديه لا محاله.

(٢) أما إذا كانت الأُم حرّه، فلا إشكال و لا خلاف فى حريه الولد. و تدلّ عليه مضافاً إلى السيره القطعيه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام) جمله من النصوص الصحيحه الدالّه بإطلاقها أو نصّها على المدعى، كصحيحه عبد اللّه بن سنان

عن أبى عبد اللّه (علیه السلام)، قال فى العبد تكون تحته الحرّه، قال: «ولده أحرار، فإن أعتق المملوک لحق بأبيه» «۱». و غيرها من النصوص التى يأتى ذكرها.

و أما لو كان الأب حرّا و كانت الام أمه، فالمشهور شهره عظيمه بل ادعى عليه الإجماع أنه يلحق بالأب فى الحريه، و لا عبره بعبوديه الام. و قد دلّت على ذلک جمله من النصوص الصحيحه، كمعتبره جميل بن دراج، قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل تزوّج بأمه فجاءت بولد؟ قال: «يلحق الولد بأبيه» قلت: فعبد تزوّج حرّه؟ قال: «يلحق الولد بأُمه» «۲». و غيرها من الأخبار.

و لكن قد خالف فى ذلک ابن الجنيد، فالتزم بتبعيه الولد للأُم فى الرقيه إلّا إذا اشترط حريته «۳».

و استدلّ عليه بعده روايات معتبره، كصحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (علیه السلام) فى رجل زوّج أمته من رجل و شرط عليه أنّ ما ولدت من ولد فهو حرّ فطلّقها زوجها أو مات عنها فزوّجها من رجل آخر، ما منزله ولدها؟ قال

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۳۰ ح ۳.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۳۰ ح ۲.

(۳) المختلف ۷: ۱۶۸.

....

«منزلتها، ما جعل ذلک إلّا للأوّل، و هو فى الآخر بالخيار، إن شاء أعتق، و إن شاء أمسک» «۱».

و هذه المعتبره كما تراها صريحه فى لحوق الولد بالأمه فى صوره عدم الاشتراط.

و من هنا فيقع التعارض بينها و بين النصوص المتقدِّمه، التى دلّت على تبعيه الولد للأب فى هذا الفرض صراحه. و حيث لا مجال لحملها على صوره الاشتراط نظراً إلى

أنّ الظاهر منها أنه (عليه السلام) إنما هو فى مقام بيان تبعيه الولد للأب من حيث حريه الأب بحدّ ذاتها، و مع قطع النظر عن جهه أُخرى كالاشتراط، يتعين حمل صحيحه الحلبى على التقيّه، إذ ينسب إلى العامه القول باللحوق إلى الأم.

و إلّا فلا محيص عن الالتزام بسقوط الطائفتين معاً للتعارض، و يكون المرجع حينئذ هو عمومات أو إطلاقات الآيات الكريمه و النصوص الشريفه المثبته للأحكام التكليفيه و الوضعيه، حيث إن مقتضاها ثبوت هذه الأحكام لجميع المكلفين من دون توقّف على إذن أحد أو رضاه، إلّا أنه قد خصص بالدليل المنفصل بالمملوك، حيث لا يقدر على شى ء و لا بدّ له فى جميع تصرفاته من إذن مولاه.

و لما كان أمر المخصص يدور بين الأقل و الأكثر، إذ لا يعلم أنّ الخارج هل هو خصوص المتولد من المملوكين، أو ما يعمّ المولود من الحر و المملوكه، فلا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقّن و الرجوع فى المشكوك إلى العام، حيث إن الشبهه حكميه.

و إذا ثبت وجوب التكليف عليه من دون تقيّد بإذن أحد، ثبت عدم رقيته بالدلاله الالتزاميه، و قد ذكرنا فى المباحث الأُصوليه أن الدلالات الالتزاميه حجه فى الأمارات. فإنّ المولود يولد من دون أن يكون تحت سلطان أحد، أو يكون تكليفه متوقّفاً على إذن أحد، على ما تقتضيه إطلاقات و عمومات الكتاب و السنّه فى الأحكام التكليفيه و الوضعيه.

و من هنا يمكن أن يقال: إنّه لا حاجه فى الترجيح إلى القول بأنّ ما دل على

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۳۰ ح ۱۳.

مع العقد أو مجرده (۱) حتى فيما لو دلست

الأمه نفسها بدعواها الحريه فتزوجها حر على الأقوى [١]، و إن كان يجب

اللحوق بالحر فى المقام مخالف للعامّه بخلاف معتبره الحلبى حيث إنها موافقه لهم على ما نسب إليهم ذلک فإن ما دل على اللحوق بالحر موافق للكتاب، فيترجح على الطائفه الثانيه من دون أن تصل النوبه إلى المرجح الثانى، أعنى مخالفه العامه.

و مع قطع النظر عن هذين المرجحين و إطلاقات و عمومات الكتاب و السنّه فالمرجع بعد تساقط الطائفتين إنما هو أصاله الحريه. و معنى هذا الأصل هو ما ذكرناه فى مبحث البراءه من المباحث الأُصوليه، من جريان الاستصحاب بالنسبه إلى مقام الجعل أيضاً فيما إذا تردد الحكم بين إلزامى و غيره سواء فى ذلک الوضعى و التكليفى الراجع إلى التردد فى الإطلاق و التقييد، إذ الذى يحتاج إلى الجعل إنما هو الإلزام و التقييد دون الإباحه و الترخيص، فإنهما ثابتان فى غير ما أمر اللّه بفعله أو نهى عنه بالعقل و الآيات و النصوص، فإن البشر مطلق العنان فى تصرفاته يفعل ما يريد و يترک ما يشاء غير ما أمر به المولى عز و جل. و من هنا فإذا شككنا فى جعل التقييد كان لنا التمسّک بالأصل لنفيه.

و عليه فحيث إن مرجع الرقيه إلى التقييد بخلاف الحريه حين إن مرجعها إلى الإطلاق، كان المرجع عند الشک فى جعلها لفرد هو أصاله العدم، و لا يعارض ذلک بأصاله عدم جعل الحريه حيث لا أثر لهذا الجعل بالمره، فيحكم بحريه هذا المولود لا محاله.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه المشهور بل كاد أن يكون إجماعاً، من لحوق الولد بالحر من الوالدين، سواء أ كان هو الأب أم كان الأُم.

(١) فإنّ الحر المشتبه إذا كان هو

الزوج، فلا إشكال فی لحوق الولد به.

و تدلّ علیه مضافاً إلی أصاله الحریه جمله من النصوص المعتبره، كالتی وردت

---

[۱] فیه تفصیل یأتی.

....

فیمن تزوّج امرأه ادعت الحریه فأولدها، ثمّ انكشف كونها أمه، حیث حكم (علیه السلام) بتبعیه الولد للأب فی الحریه «۱». و التی وردت فیمن یشتری الأمه من السوق فیستولدها، ثمّ یظهر كونها مغصوبه و لم یجز مالكها البیع، فحكم الإمام (علیه السلام) بحریه الولد أیضاً «۲». فإن هذه النصوص تدلّ علی تبعیه الولد للأب الحر و حریته فیما إذا كان هو المشتبه فی الوطء.

و أما إذا كان الاشتباه من جانب الأُم الحرّه، فالمشهور و المعروف بینهم هو الحكم بتبعیه الولد لها فی الحریه. و قد خالف فی ذلك الشیخ المفید (قدس سره) فی المقنعه و وافقه علیه الشیخ الطوسی (قدس سره)، حیث إنه (قدس سره) قد أورد كلام المفید (قدس سره) و ذكر روایه تدلّ علیه من دون أن یعلق علیه بشی ء فیظهر منه الرضا بما ذكر فی المتن.

و هذه الروایه هی روایه العلاء بن رزین عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال فی رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام، فمضی إلی قوم فتزوج منهم و لم یعلمهم أنه عبد فولد له أولاد و كسب مالًا، و مات مولاه الذی دبّره فجاء ورثه المیت الذی دبر العبد فطالبوا العبد، فما تری؟ فقال: «العبد و ولده لورثه المیت». قلت: أ لیس قد دبر العبد؟ قال: «أنه لما أبق هدم تدبیره و رجع رقاً» «۳».

إلّا أنّ هذه الروایه مضطربه السند إلی حد لم یعهد لها مثیل فی الروایات علی الإطلاق، فإنّ الشیخ (قدس سره) قد ذكرها فی التهذیب فی

موردين.

أحدهما فى باب (العقود على الإماء) و قد ورد السند هكذا: البزوفرى، عن أحمد ابن إدريس، عن الحسين (الحسن) بن أبى عبد اللّه بن أبى المغيره (عن ابن أبى المغيره) عن الحسن بن على بن فضال، عن العلاء بن رزين.

و ثانيهما فى (باب التدبير) و قد ورد السند هكذا: البزوفرى، عن أحمد بن إدريس

---

(۱) الوسائل ۲۱: ۹۵ أبواب نكاح العبيد، باب ۹ ح ۲۶۶۱۸.

(۲) الوسائل ۲۱: ۹۴ أبواب نكاح العبيد، باب ۹ ح ۲۶۶۱۶.

(۳) التهذيب ۷: ۲۴۷ ح ۱۰۷۱، الاستبصار ۳: ۱۳۹ ح ۵۰۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۵۹

....

عن الحسن بن على، عن أبى عبد اللّه (عبد اللّه) بن المغيره (أبى المغيره) عن الحسن بن علىّ بن فضال، عن العلاء بن رزين. هذا بحسب الطبعه القديمه.

و أمّا الطبعه الحديثه فقد ورد فى المورد الأوّل هكذا: البزوفرى، عن أحمد بن إدريس، عن الحسن بن أبى عبد اللّه بن أبى المغيره، عن الحسن بن على بن فضال عن العلاء بن رزين «۱».

و أمّا المورد الثانى فقد ورد فيه: البزوفرى، عن أحمد بن إدريس، عن الحسن بن على بن عبد اللّه بن المغيره، عن الحسن بن على بن فضال، عن العلاء بن رزين «۲».

و قد ذكرها صاحب الوافى (قدس سره) أيضاً فى موردين، ففى (باب النّكاح) رواها عن البزوفرى، عن القمى، عن الحسن بن أبى عبد اللّه، عن ابن المغيره، عن ابن فضال، عن العلاء بن رزين «۳» من دون تعرّض لاختلاف النسخ.

و أما فى (باب التدبير) فقد ذكر أن فى أكثر النسخ: الحسين بن على أبى عبد اللّه بن أبى المغيره، عن الحسن بن على بن فضال، عن العلاء بن رزين. إلّا أن فى بعضها

الحسن بـدلًا عن الحسـين، كما أن فی بعضـها الحسـين بن علی، عن أبی عبـد اللّه بن أبی المغيره، عن الحسن بن علی بن فضال، عن العلاء بن رزين. ثمّ استظهر بعد ذلك كلّه أنّ الصحيح هو ما ورد فی المورد الثانی من الطبعه الحديثه للتهذيب «۴».

ثمّ إن صـاحب الوسائـل (قـدس سـره) قـد رواهـا أيضـاً فی موردين، فقـد رواهـا فی (أبواب التـدبير) عن محمـد بن الحسن، عن الـبزوفری، عـن أحمـد بن إدريس، عن الحسـين بن علی، عن عبـد اللّه بن المغيره، عن الحسن بن علی بن فضـال، عن العلاء بن رزين «۵».

---

(۱) التهذيب ۷: ۳۵۳/ ۱۴۳۷.

(۲) التهذيب ۸: ۲۶۵/ ۹۶۶.

(۳) الوافی ۲: ج ۱۲، ص ۸۳، أبواب وجوه النّكاح، باب الرّجل يدلّس نفسه.

(۴) الوافی ۳: ج ۶ ص ۸۹، أبواب العتق و الانعتاق، باب التدبير.

(۵) الوسائل، ج ۲۳ كتاب التدبير و المكاتبه، ب ۱۰ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۶۰

....

كمـا رواهـا فی أبواب (نكـاح العبيـد و الإمـاء) عن محمـد بن الحسن، عن الـبزوفری عن الحسـين بن أبی عبـد اللّه، عن ابن أبی المغيره، عن الحسن بن علی بن فضال، عن العلاء بن رزين «۱» من دون أن يتعرض إلى اختلاف النسخ فی كلام الموردين.

ثمّ لا يخفی أن السـند فی المورد الثانی من الوسائل لا يخلو من سـقط. فإن البزوفری لا يمكنه أن يروی عن الحسين بن أبی عبد اللّه مباشره و من دون واسطه، لاختلاف طبقتهما، و من هنا فمن المطمأنّ به سقوط (أحمد بن إدريس) من القلم أو الطبع.

و على هذا فالروايه ساقطه من حيث السند، و لا مجال للاعتماد عليها.

و منه يظهر الحال فيما ذكره صاحب الحدائق (قدس سره)، من أن المشهور

و إن ذهبوا إلى تبعيه الولـد لأشـرف أبويه، و هو الأم فى المقام لكونها حرّه، إلّا أنّ الروايه المعتبره لما كانت وارده فى خصوص هذا المورد و دالّه على إلحاقهم بأبيه العبد، فلا بدّ من تخصيص القاعده «۲».

فإنّ هـذه الروايه غير معتبره، كما عرفت. على أنه لو فرض تماميه سـندها فهى مبتلاه بالمعارض، و هو صـحيح محمـد بن مسـلم، قـال: سـألت أبـا عبـد اللّه (عليه السـلام) عن مملوك لرجل أبق منه فأتى أرضاً فـذكر لهم أنه حر من رهط بنى فلان، و أنه تزوّج امرأه من أهل تلك الأرض فأولدها أولاداً، و أنّ المرأه ماتت و تركت فى يده مالًا و ضـيعه و ولدها، ثمّ أن سـيده بعد أتى تلك الأرض فأخذ العبد و جميع ما فى يديه و أذعن له العبد بالرق؟ فقال: «أما العبد فعبده، و أما المال و الضيعه فإنه لولد المرأه الميته لا يرث عبد حراً». قلت: فإن لم يكن للمرأه يوم ماتت ولد و لا وارث، لمن يكون المال و الضيعه التى تركتها فى يد العبد؟ فقال: «يكون جميع ما تركت لإمام المسلمين خاصه» «۳» فإنها وارده فى محل النزاع و صريحه فى حريه الولد.

فلو تمّ سند تلك الروايه لكانت معارضه بهذه الروايه، فتسقطان معاً لا محاله

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۸ ح ۱.

(۲) الحدائق ۲۴: ۲۳۳.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب العيوب و التدليس، ب ۱۱ ح ۳.

عليه حينئذ دفع قيمه الولد إلى مولاها (۱).

و أما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحرّ منهما،

فالولد رقّ [۱] (۲).

و یکون المرجع حینئذٍ هو عمومات ما دلّ علی تبعیه الولد لأشرف أبویه، و أصاله الحریه.

و من الغریب أن الشیخ (قدس سره) و صاحب الحدائق (قدس سره) لم یلتفتا إلی هذه الروایه عند تمسکهما بروایه العلاء بن رزین، مع تضلعهما فی الأخبار.

(۱) و سیأتی الحدیث فی هذا الفرع و الذی سبقه فی المسأله الثانیه عشره من هذا الفصل إن شاء اللّه.

(۲) فإنّ الحر الزانی ان کان هو الأب کان الولد رقّاً.

لکن لا- لما قیل من انتفاء الانتساب عنه شرعاً، فیلحق بالأُم المملوکه فیکون رقاً لا محاله، فإنه مردود بأنه لم یعثر فی شی ء من الأخبار المعتبره منها و غیر المعتبره ما یدلّ علی انتفاء النسب بین الزانی أو الزانیه و الولد، إذ غایه ما ورد فی النصوص إنما هو نفی التوارث بینهما، و من الواضح أنه لا یدلّ علی انتفاء النسب، فإنه ثابت فی القاتل و الکافر، و الحال أنه لا قائل بانتفاء النسب بینهما.

و أما قوله (صلّی اللّه علیه و آله و سلم): «الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۱» فهو أجنبی عن محل الکلام بالمره، فإن مورده إنما هو حاله الشک و فرض عدم العلم، فلا یشمل ما إذا علم تکون الولد من ماء الزانی، حیث لا یلحق الولد بالزوج بلا خلاف.

و من هنا کان التزامنا بترتّب جمیع أحکام الأُبوه و البنوّه عدا الإرث علیهما فلا یجوز للزانی أن یتزوّج من البنت المخلوقه من مائه.

---

[۱] هذا إذا کانت الأُمّ أمه، و أمّا إذا کانت الأُمّ حرّه فلا یبعد أن یکون الولد حرّا و إن کانت زانیه أو عالمه بفساد العقد، و سیأتی منه (قدس سره) فی المسأله الرابعه عشره الفرق بین

الزِّنا و فساد العقد على خلاف ما ذكره هنا.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۷۴ ح ۱.

....

بـل لجمله من النصوص المعتبره التی دلّت على الحكم بالصـراحه، كصـحيحه سـماعه، قال: سألته عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها و أخبرتهم أنها حرّه فتزوّجها رجل منهم فولدت له، قال: «ولده مملوكون إلّا أن يقيم البيِّنه أنه شـهد لها شاهدان أنها حرّه، فلا يملك ولده و يكونون أحراراً» «۱».

و هی و إن كانت تشـمل بإطلاقها صوره الوطء شـبهه أيضاً، إلّا أنه لا بدّ من تقييد الإطلاق بغير فرض الشبهه، و ذلك للنصوص المعتبره المتقـدِّمه الـداله على لحوق الولد بالحر إذا كان مشـتبهاً، و بذلك تكون الروايه داله على لحوق الأولاد بالأمه فی فرض الزنا و إن كان أبوهم حراً.

و صـحيحه عـاصم بن حميـد عن أبی عبـد اللّه (عليه السـلام) فی رجـل ظن أهله أنه قـد مـات أو قتل، فنكحت امرأته و تزوّجت سريته، فولـدت كل واحـده منهما من زوجها ثمّ جاء الزوج الأوّل و جاء مولى السـريه، فقضـى فی ذلك: «أن يأخـذ الأوّل امرأته فهو أحقّ بها، و يأخـذ السـيد سـريته و ولـدها إلّا أن يأخـذ رضاه من الثمن ثمن الولد» «۲». و مثلها صـحيحه محمـد بن قيس عنه (عليه السلام) «۳».

فإنهما ظاهرتان فی الزنا، حيث إنهما واردتان فيمن ظن موت الرجل فتزوّج بامرأته أو جاريته المسـراه، و من الواضـح أن الظن لا يغنی شيئاً فيكون الفعل زنا لا محاله.

و معتبره حريز عن زراره، قـال: قلت لأبی عبـد اللّه (عليه السـلام): أمه أبقت من مواليهـا فـأتت قبيله غير قبيلتها، فادعت أنها حرّه فوثب عليها حينئذ رجل

فتزوّجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك و قد ولدت أولاداً، قال: «إن أقام البينه الزوج على أنه تزوّجها على أنها حرّه أعتق ولدها و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم يقم البينه أوجع ظهره و استرق ولده» «۴».

---

(۱) الوسائل، ج ۱۲ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۶.

و فيه: «إلّا أن يأخذ من رضا من الثمن له ثمن الولد» و جعلت عباره المتن نسخه بدل.

(۳) الوسائل، ج ۲۵ كتاب الغصب، ب ۶ ح ۱.

(۴) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۳.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۶۳

....

و هذه الروايه معتبره سنداً، باعتبار أن عبد اللّه بن يحيى المذكور فی سندها من جمله رواه تفسير على بن إبراهيم، و ليس هو الكاهلی كما توهمه بعضهم.

نعم، ذكر الكلينی (قدس سره) فی الكافی هذه الروايه بعين هذا المتن و السند، إلّا أن فيه عبد اللّه بن بحر بدل عبد اللّه بن يحيى و هو ممن لم يوثق، و حيث أن الكلينی أضبط نقلًا، يشكلُ اعتبار هذه الروايه معتبره من جهه السند.

و خبر على بن حديد عن بعض أصحابه عن أحدهما (عليهما السلام) فی رجل أقرّ على نفسه بأنه غصب جاريه رجل فولدت الجاريه من الغاصب، قال: «تردّ الجاريه و الولد على المغصوب منه إذا أقرّ بذلك الغاصب» «۱».

و الحاصل أنّ الصحيح فی المقام و إن كان هو ما ذهب إليه المشهور من عدم لحوق الولد بأبيه الحر، إلّا أن الوجه فيه لم يكن ما ذكروه من عدم الانتساب إليه شرعاً فإنك قد عرفت

بطلانه، و إنما كان هو النصوص المعتبره الوارده فى المقام.

و من هنا يظهر اندفاع توهّم أن الولد لما كان مولوداً من الحر كان مقتضى أصاله الحريه و ما دلّ على عدم استرقاق من كان أحد أبويه حراً هو الحكم بحريته، فإنه فى غايه الفساد، فإنّ النصوص التى تقدّمت تمنع من الرجوع إلى الأصل، و تخصّص عمومات ما دلّ على عدم استرقاق من كان أحد أبويه حراً.

و إن كان الحر الزانى هى الأُم، فقد يقال بأنّ الولد مملوك لمالك الأب العبد. لكنّه مدفوع بأنه لا أساس له سوى ما ذكرناه من دعوى ارتفاع النسب بالزنا، فهو حينئذ لا يكون ولداً للحرّه، فيتبع أباه فى الرقيه لا محاله. لكنّك قد عرفت فسادها حيث لا دليل عليها بالمرّه.

و من هنا فالقول بتبعيته للُام هو المتعين، فإنه نماء لها، و الرجل ليس إلّا لقاحاً. و يدلّ عليه ما دلّ على أنه لا يسترق من كان أحد أبويه حراً، و مع التنزل عنه تكفينا إطلاقات و عمومات الكتاب و السنّه المقتضيه للحريه، حيث لا دليل على رقيته و الشبهه حكميه، و مع الإغماض عنها فأصاله الحريه هى المحكمه.

---

(۱) الكافى ۵: ۴۰۵.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۶۴

ثمّ إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له (۱). و إن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّه [۱] (۲)

---

(۱) بلا خلاف و لا إشكال، لكونه نماءً لملكه، سواء أقلنا بتبعيته لأبيه أم قلنا بتبعيته لُامّه.

(۲) لا نعلم لذلك وجهاً صحيحاً، كما اعترف به غير واحد من الأصحاب. فإنّ المولود إنما هو نماء المرأه، و الرجل لا يقوم إلّا بدور اللقاح كما هو الحال فى سائر الحيوانات، حيث يعد المولود نتاجاً للأُنثى من

دون أن يكون للذكر فيه نصيب إلّا قيامه بدور اللقاح.

و ما يقال من أن الإنسان غير الحيوان حيث إن النسب مقصود فى الآدميين فيلاحظ أب المولود بخلاف الحيوانات.

مدفوع بأنه لا أثر لذلك، أعنى ملاحظه النسب فى كون النتاج نتاجاً للُام. فإن لحاظ اللِّقاح لبعض الأغراض، لا يوجب انقلاب النتاج و النماء عن كونه نماءً لها خاصه إلى كونه نماءً مشتركاً لهما. على أن النسب مقصود فى بعض الحيوانات كالخيول العربيه و بعض أصناف البقر و مع ذلك فلا يخرج المولود عن كونه نتاجاً للُام.

و بعباره اخرى نقول: إنه سواء أقلنا بأنّ منشأ تولد المولود هو منى الأب خاصّه و إنّ الام لا تقوم إلّا بدور المحل المناسب لتربيته و تطوره، أم قلنا أنه هو منى الأُم خاصه و إن الأب لا يقوم إلّا بدور اللقاح، أم قلنا أنه هو المنيان معاً، فالولد لا يخرج عن كونه نتاجاً للأُم خاصه. و ذلك فلأن المنى كما إنه ليس بمال ليس بمملوك لأحد إذ هو فضله كسائر الفضلات، و ليس هو كالحب المملوك حيث يتبعه الزرع فى الملكيه فإنّ البون بينهما بعيد، فأحدهما مملوك و الآخر فضله غير مملوكه لأحد سواء فيه الحر و العبد.

---

[۱] لا يبعد أن يكون الولد لمالك الأمه على أساس أنه نماؤها كما هو الحال فى سائر الحيوانات.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۶۵

....

و من هنا فيكون النماء من نتاج الام، حيث إنها التى تربى و بحسب الطبيعه التى خلقها اللّه تعالى و السر الذى أودعه فيها منى الزوج أو منيها أو منيهما معاً، و تطوى به المراحل حتى يخرج خلقاً آخر، فيكون تابعاً لها فى الملكيه حيث تكون رقاً، نظير ما هو الحال

فى سائر الحيوانات.

و لو لا هـذا الذى ذكرناه من تبعيه الولد لُامِّه و كونه نتاجاً لها، لم يكن وجه لاتفاقهم على أنّ العبد إذا زنى بأمه فحملت منه كان الولد لمولاها، سواء أ كانت هى زانيه أيضاً أم لم تكن، إذْ لم يرد فى النصوص و لا خبر ضعيف يدلّ عليه.

نعم، ورد ذلك فى الحرّ إلّا أنه لا مجال لقياس العبد عليه، حيث إنّ الحرّ مالك لجميع تصـرّفاته، فإذا أقدم على إلغاء احترام ماله لم يكن ماله بعد ذلك محترماً، فيلحق الولد بالأمه. و هو بخلاف العبد فإنه لا يملك شـيئاً، فلو كان منيه مملوكاً و كان الولد من نتـاجه أو نتاجهمـا معـاً، لكان ينبغى القول باختصاص مولاه أو اشتراكه مع مولى الأمه فى الولـد، حيث لا يتأتى هنا القول بأنه قد أقدم على إلغاء احترام ماله.

هذا و يمكن الاستدلال على تبعيه الولد للُام و كونه من نتاجها بطوائف من الأخبار.

منها: ما ورد فى المولود من فجور الحر بالأمه، حيث دلت على كونه رقّاً لمالكها و قـد تقـدّمت جمله منها. فإنّه إنّما يتم بناءً على ما ذكرناه من كون الولد نتاجاً للُام، و إلّا لم يكن وجه لكونه بتمامه رقّاً لمالك الأمه، بل كان ينبغى أن يكون نصفه حراً و نصفه الآخر مملوكاً له.

و منهـا: مـا دلّ على أنّ الأمه إذا دلست نفسـها و ادعت الحريه فتزوّجها حرّ، كان الأولاد أحراراً و كان على الأب أن يـدفع قيمته إلى مولاهـا يوم سـقط حيّاً، كصـحيحه سـماعه، قال: سألت أبا عبـد اللّه (عليه السـلام) عن مملوكه أتت قوماً و زعمت أنها حرّه، فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثمّ إن مولاها أتاهم فأقام عندهم البينه أنها مملوكه

و أقرّت الجاريه بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاها هی و ولدها، و علی

....

مولاها أن یدفع ولدها إلى أبیه بقیمته یوم یصیر إلیه» «۱».

فإنه لو کان الولد نتاجاً للأبوین، لکان ینبغی أن یدفع إلى مولاها نصف قیمته خاصّه، فالحکم بضمانه لتمام القیمه دلیل على کونه من نتاج الأمه خاصه.

و منها: ما دلّ على أن حمل المدبره إن کان بعد التدبیر فهو مدبر کالأُم، و إلّا فلا یتبع الأُم فی التدبیر، کموثقه عثمان بن عیسى الکلابی عن أبی الحسن الأوّل (علیه السلام) قال: سألته عن امرأه دبّرت جاریه لها فولدت الجاریه جاریه نفیسه فلم تدرِ المرأه حال المولوده هی مدبّره أو غیر مدبّره؟ فقال لی: «متى کان الحمل بالمدبره، أَقَبْلَ ما دبّرت أو بعد ما دبّرت»؟ فقلت: لست أدری، و لکن أجبنی فیهما جمیعاً؟ فقال: «إن کانت المرأه دبّرت، و بها حبل و لم تذکر ما فی بطنها فالجاریه مدبّره و الولد رقّ، و إن کان إنما حدث الحمل بعد التدبیر فالولد مدبّر فی تدبیر أُمّه» «۲».

و کذلک ما ورد فی أولاد المدبره بعد التدبیر، کصحیحه أبان بن تغلب، قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل دبّر مملوکته، ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً، ثمّ مات زوجها و ترک أولاده منها، قال: «أولاده منها کهیئتها، فإذا مات الذی دبّر أُمهم فهم أحرار» «۳».

و عنوان الرجل فی هذه الروایه و إن کان أعمّ من الحر و المملوک إلّا أنه لا بدّ من حمله على المملوک، إذ لو کان الأب حراً لم یکن وجه للسؤال عن کون الأولاد مدبرین أم لا، لکونهم حینئذ أحراراً تبعاً لأشرف أبویهم. و

على هذا فالروايه غير شامله فى نفسها لما إذا كان الزوج حراً، و على فرض شمولها له فهو خارج بما دلّ من النصوص على حريه الولد إذا كان أحد أبويه حراً.

و من هنا فقد أطلق صاحب الشرائع (قدس سره)، حيث ذكر أن المدبره لو حملت بمملوك، سواء كان عن عقد أو زنا أو شبهه، كان مدبراً. و لم يقيده بما إذا كان المملوك

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۵.

(۲) الوسائل، ج ۲۳ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب التدبير، ب ۵ ح ۲.

(۳) الوسائل، ج ۲۳ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب التدبير، ب ۵ ح ۱.

إلّا إذا اشترطا [۱] التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (۱).

متولِّداً من عبد له، فيعمّ الحكم ما إذا كان من عبد لغيره، و نعم ما صنع «۱».

و على كل فمقتضى إطلاق هذه الروايه أن الولد يكون لمالك الأمه و يكون مدبّراً بتبعها، سواء أ كان الأب مملوكاً له أم كان مملوكاً لغيره، بل إن إطلاق روايه الحمل يشمل ما إذا كان الزوج حراً و كان التزويج فاسداً، فيلحق الولد بامه و يكون مدبّراً و هو يدلّ على كونه من نتاجها خاصه.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه أبو الصلاح و جماعه، من تبعيه الولد لُامِّه فيكون رقاً لمالكها «۲» على ما تقتضيه القواعد.

(۱) و كأنه لعموم قوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم» حيث إن مقتضاه نفوذ كل شرط لا يخالف الكتاب أو السنّه.

إلّا أنه لا يمكن المساعده على ذلك. و الوجه فيه ما بيناه فى مبحث الشروط مفصّلًا من أنّ دليل نفوذ الشرط ليس

بمشـرع بحيث يقتضـى شـرعيه ما هو غير مشروع، و إن غايه ما يقتضيه هو إلزام المؤمن بالوفاء بما هو مشروع فى نفسه و مع قطع النظر عن الاشتراط، بحيث يكون للمشروط عليه أن يفعله من دون الاشتراط. و أما ما ليس للمكلّف أن يفعله فلا أثر لاشتراطه، و لا يقتضـى ذلک لزومه و نفوذه، باعتبار أنه شـرط مخالف للكتاب و السـنّه و مستلزم لتغيير حكم اللّه تبارک و تعالى. و حيث إنّ المقام من هـذا القبيل، باعتبار أن الولـد حينما يولد مملوک لمالک الأُم خاصه على ما اخترناه، أو مشترک بينه و بين مولى العبد على ما اختاروه، كان اشتراط الزياده أو الاختصاص مخالفاً لكتاب اللّه و سنّه نبيِّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) «۳».

و الحاصل أنّ كل أمر لم يكن، مع قطع النظر عن الشرط، مشروعاً لا يتصف نتيجه الشرط بالمشروعيه، و لا يلزم العمل به.

---

[۱] الظاهر أنه لا أثر لهذا الاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجه، و بذلک يظهر حال ما بعده.

---

(۱) شرائع الإسلام.

(۲) الكافى فى الفقه: ۳۱۵.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ۲۰ ح ۴.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۶۸

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين (۱)

و على هـذا الأساس لم يلتزم فقيه بصـحّه هـذا الاشتراط فى غير النكاح من العقود اللّازمه كأن يبيع داره و يشترط فى ضـمنه على المشترى أن يكون نتـاج مملوكيه له على نحو شـرط النتيجه، لكونه شـرطاً مخالفاً لكتاب اللّه و سـنّه نبيِّه (صـلّى اللّه عليه و آله و سلم).

نعم، لو كان أمر النتيجه مما للمشترط عليه أن يفعله قبل الشرط، و لم يكن لتحقّقه سبب خاص، صح اشتراطه و لزم،

كما لو اشترى داراً و اشترط فى ضمن العقد أن يكون جميع أثاث البيت له، حيث لا مانع منه لأنه لا يحتاج إلّا إلى الاعتبار النفسى و إبرازه فى الخارج بمبرز، و المفروض تحققهما معاً بالعقد.

و بالجمله فكل أمر كان للمكلف أن ينشئه بالفعل، أو فعل كان له أن يفعله كذلك و لم يكن له سبب خاص، يصح اشتراطه و يلزم به. و أما ما ليس للمكلف أن يفعله أو ينشئه بالفعل، أو كان متوقفاً على سبب معين، فلا مجال لاشتراطه لكونه مخالفاً للكتاب و السنّه.

ثمّ إنّ بطلان شرط النتيجه يتوقف على أن يكون لدليل الحكم إطلاق يشمل فرض الاشتراط أيضاً، فإنه حينئذ يكون اشتراط خلافه مخالفاً للكتاب و السنه. و أما إذا لم يكن لدليل الحكم إطلاق يشمل فرض الاشتراط، و إنما كان مقيداً بفرض عدم الاشتراط كما هو الحال فى الإرث فى الزوجيه المنقطعه، فلا يكون اشتراطه مخالفاً للكتاب.

و من هنا يظهر أنه لو التزمنا بما ذهب إليه ابن الجنيد من رقيه المولود من حر و أمه إلّا إذا اشترط حريته، لم يكن هذا الاشتراط مخالفاً للكتاب أو السنه، إذ لو عملنا بالنصوص التى استدل بها على هذا المدعى، لم يبق هناك إطلاق للكتاب و السنه يقتضى الرقيه حتى فى فرض الاشتراط.

(۱) فيكون الولد مشتركاً بينهما، لوحده النسبه على ما اختاروه، و مملوكاً لمالك الأُم خاصه على ما اخترناه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۶۹

أو مع عدم الإذن من واحد منهما [۱] (۱).

---

(۱) ما ذكره (قدس سره) لم يظهر له وجه، إذ قد تقدّم فى جمله من النصوص المتقدِّمه التصريح بأن المملوك إذا تزوّج بغير إذن مولاه كان زانياً، فلا ينسجم حكمه (قدس

سره) هذا مع ما يذكره (قدس سره) صريحاً فی ذيل هذه المسأله و عليه إجماع الأصحاب من أن العبد إذا كان زانياً لحق المولود بالأمه، سواء أ كانت هی زانيه أيضاً أم لم تكن.

و من هنا يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك من اشتراك المولیين فيه، فيما إذا كان النكاح عن إذن من أحدهما خاصه.

و من غير البعيد أنه (قدس سره) يريد بذلك فرض الشبهه و عدم العلم بفساد العقد، لاعتقادهما معاً الإذن، أو اعتقادهما عدم اعتباره، فإنه حينئذ يتمّ ما ذكره (قدس سره) من إلحاق الفرض بالزواج الصحيح.

و عليه فإن كانت الشبهه من الطرفين، كان الولد مشتركاً بينهما على ما اختاروه و لمالك الأمه على ما اخترناه. و إن كانت الشبهه من أحدهما خاصه و كان الآخر مأذوناً، كان الولد لمالك المشتبه، باعتبار أن الإذن يقتضی تنازل الآذن عن حقه و إقدامه على فوات الولد منه، باعتبار أن الإذن فی التزويج مطلقاً يستلزم جواز تزويج المملوك من الحر فينعقد الولد حراً، فيكون حال هذا الفرع كصوره اشتراط أحد المولیين و هو فی المقام من لم يأذن الاختصاص بالولد.

غير أنك قد عرفت أنه لاـ أثر لاشتراط الاختصاص، نظراً لكونه من شرط النتيجه، فيكون الإذن من أحدهما مثله بطريق أولى، باعتبار أنه لا يملك الولد حين الإذن و إنما سيملكه حين التولد.

و كيف كان، فالعباره لا تخلو من تشويش و غموض، و إن ذكرت فی كلمات غيره أيضاً.

---

[۱] لعلّه يريد بذلك و بما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطء شبهه، و إلّا فهو داخل فی ذيل المسأله و هو قول الماتن: «و أمّا لو كان الولد عن زنا من العبد ... إلخ».

الخوئی، ج ۳۳، ص: ۷۰

و أما إذا كان بالإذن من أحدهما، فالظاهر أنه كذلك (۱). و لكن المشهور أن الولد حينئذ لمن لم يأذن. و يمكن أن يكون مرادهم فی صوره إطلاق الإذن، بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائيه الولد، حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحرّه، و إلّا فلا وجه له.

و كذا لو كان الوطء شبهه (۲) منهما، سواء كان مع العقد أو شبهه مجرده، فإن الولد مشترك (۳).

و أما لو كان الولد عن زنا من العبد، فالظاهر عدم الخلاف فی أن الولد لمالك الأمه، سواء كان من طرفها شبهه أو زنا (۴).

[مسأله ۹: إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حرّ]

[۳۸۰۹] مسأله ۹: إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حرّ (۵) لا يصح اشتراط رقّيّته على الأقوى (۶) فی ضمن عقد التزويج، فضلًا عن عقد خارج لازم. و لا

---

(۱) ظهر الحال فيه مما تقدّم، فراجع.

(۲) بلا خلاف فيه بينهم، حيث يجرى على المولود من الشبهه أحكام المولود من الزواج الصحيح.

(۳) على ما اختاروه، و مختص بمالك الأمه على ما اخترناه.

(۴) و هو إنما يتمّ على ما اخترناه من تبعيه المولود للأب، و أما على ما اختاره الماتن تبعاً للمشهور من الاشتراك فلا وجه له، بل لا بدّ من الحكم باشتراك المالكين فی المولود، فإنّ زنا العبد لا يوجب سقوط حق المولى عن نمائه. و أما النص الوارد فی زنا الحر بالأمه و أنّ الولد حينئذٍ لمالك الأمه، فلا يمكن التعدِّی عن موضوعه إلى العبد، و لا سيما مع وضوح الفارق بينهما، فإنّ الزانی إذا كان حراً فقد أقدم على إلغاء احترام مائه، و أما العبد فليس له ذلك فإنّه هو و نماءه مملوك لغيره.

(۵) لجمله من النصوص المعتبره، على

ما تقدّم بيانها مفصلًا.

(۶) خلافاً للمشهور، حيث التزموا بصحّه الشرط و نفوذه، مستدلين له:

تاره بعمومات أدله نفوذ الشرط، كقوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): «المؤمنون عند شروطهم».

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۷۱

....

و اخرى بروايه إبراهيم بن هاشم، عن أبی جعفر، عن أبی سعيد عن أبی بصير عن أبی عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «لو أن رجلًا دبّر جاريه ثمّ زوجها من رجل فوطئها كانت جاريته و ولدها مدبّرين، كما لو أن رجلًا أتى قوماً فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم مماليك» «۱».

بدعوى أنها و إن كانت مطلقه من حيث الاشتراط و عدمه، إلّا أنه لا بدّ من الحمل على صوره الاشتراط، جمعاً بينها و بين ما دلّ على حريه المتولد من أبوين أحدهما حرّ.

غير أن الصحيح هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره)، فإنّ الاستدلال بالعمومات لا يمكن المساعده عليه، لما عرفته من أنها ليست مشرعه و إنّما هی تقتضی نفوذ الشرط المشروع خاصّه، فلا توجب لزوم الحكم المخالف للكتاب و السنّه.

و لو تنزّلنا عن ذلک و قلنا بصحّه شرط النتيجه، فلا مجال للقول بلزوم الشرط فی المقام. و ذلک لأن دليل لزوم الوفاء بالشرط، إنما يقتضی إثبات لزوم الوفاء بالنسبه إلى المشروط عليه بحيث يلزمه ما لم يكن لازماً له، و أما إثبات لزوم الوفاء بالنسبه إلى الأجنبی عنه فلا دليل عنه. و من هنا فحيث إن الحريه من صفات المولود و قائمه به، و ليست هی من الأحكام المتوجهه إلى المشروط عليه، فلا مجال للقول بلزوم اشتراط عدمها.

و أما الروايه فالكلام فيها من مقامين: السند، و الدلاله.

أمّا المقام الأوّل: فلا يخفى أنها ضعيفه من حيث السند، باعتبار أن المكنى

ب (أبی جعفر) مشترک بین کثیرین، و المعروف منهم هو أحمد بن محمد بن عیسی، و هو ثقه. إلّا أنه لم یعهد و لا فی روایه واحده روایه إبراهیم بن هاشم عنه، علی أنّ لإبراهیم بن هاشم روایه عن أبی جعفر عن أبی بصیر مباشره، مع أن من غیر المحتمل روایه أحمد ابن محمد بن عیسی عن أبی بصیر بلا واسطه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۳۰ ح ۱۰.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۷۲

....

و من هنا فلیس (أبو جعفر) فی المقام هو أحمد بن محمد بن عیسی، و حیث لا- یدری من هو فلا- یمکن الاعتماد علیها. و احتمال کونه هو أحمد بن محمد بن أبی نصر البزنطی، فی غایه الضعف، لأنه و إن کان یکنی بهذه الکنیه علی إشکال فإنّ النجاشی (قدس سره) قد کنّاه بأبی جعفر، ثمّ ذکر أنه قیل أنّ کنیته (أبو علی) «۱» إلّا أنّ الظاهر أنه غیر معروف بهذه الکنیه علی ما یظهر ممّا ذکره النجاشی. علی أنه لو فرض اشتهاره بذلک، فلا نعهد فی النصوص روایه یرد فی سندها عنوان (أبی جعفر) و یراد به البزنطی، و هذا یعنی أنه و إن کان مشتهراً فی غیر النصوص بذلک إلّا أنه لم یعرف فی النصوص بذلک، و إنما یعبر عنه بالبزنطی و أحمد بن محمد بن أبی نصر و غیر ذلک من العناوین.

هذا کله من جهه، و من جهه أُخری فإنّ (أبا سعید) أو (أبا سعد) علی ما فی بعض النسخ، مجهول و لم یرد فیه توثیق.

و من هنا فلا مجال للاعتماد علیها من حیث السند.

و أمّا المقام الثانی: فالروایه أجنبیه بحسب الدلاله

عن محلّ الكلام، لأنّها كالصريحه إن لم تكن صريحه بالفعل فى أنّ تبعيه الولد للأَم إنما هى من جهه مملوكيه الام، بحيث تكون رقيه الولد ناشئه من نفس رقيه الأُم مع قطع النظر عن سائر الجهات على الإطلاق، فلا تكون دليلًا على اقتضاء الاشتراط لرقيته، على ما هو محل الكلام.

فلو تمّ سند هذه الروايه لكانت من النصوص الدالّه على مدعى ابن الجنيد، من الحكم برقيه الولد إذا كانت امه مملوكه و إن كان أبوه حراً، و لا ترتبط بما نحن فيه بشى ء.

و من هنا فالصحيح فى المقام هو ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) و غيره، من إلغاء هذا الشرط و اعتباره كالعدم، لكونه مخالفاً للكتاب و السنه، و إن ذهب المشهور إلى خلافه.

---

(۱) رجال النجاشى: ۸۱ رقم ۱۹۸.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۷۳

يضرّ بالعقد إذا كان فى ضمن عقد خارج (۱).

و أمّا إن كان فى ضمن عقد التزويج، فمبنىّ على فساد العقد بفساد الشرط و عدمه، و الأقوى عدمه (۲). و يحتمل الفساد و إن لم نقل به فى سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلًا بفساده، لأنّ فى سائر العقود يمكن جبر تخلّف شرطه [۱]

---

(۱) كما لو زوج المولى أمته من حر من غير اشتراط، ثمّ باعه شيئاً و اشترط عليه أن يكون الولد رقّاً له، فإنه حينئذٍ لا مجال للقول بسرايه فساد الشرط إلى عقد التزويج الذى وقع مطلقاً و من غير تقييد.

(۲) باعتبار أن الشرط أجنبى عن العقد و لا يوجب تقييده بوجه، فلا مجال لأنّ يقال: إنّ المنشأ لما كان هو المقيد كان فاسداً بفساد القيد، إذ الدليل على الصحّه منحصر بعموماتها، كقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «۱». فإذا

لم يمض المقيد شرعاً لفساد القيد، و غير المقيد لم ينشأ، فلا محيص عن الحكم بفساده.

و ذلك لما ذكرناه فی محلّه من أن الشروط فی باب العقود لا تكون قيداً لها، و لا يكون العقد مقيداً بالشرط كی يكون فساد الشرط موجباً لفساد العقد نفسه، فإنّ للشرط فی باب العقود معنی غير ما يذكر فی الفلسفه أو فی باب الأحكام، حيث يفسر فی الأوّل بجزء العله و فی الثانی بالقيد للموضوع أو متعلق الحكم، و قد تقدّم ذلك مفصلًا.

و ملخصه أنّ معنی الشرط فی العقد لا يخلو من أحد معنيين علی نحو منع الخلو فإنهما قد يجتمعان و هما:

أوّلًا: تعليق العقد علی التزام الطرف الآخر بشیء، بحيث يكون المنشأ هو الحصه المقيده بالتزام الطرف الآخر. و هذا المعنی يرد فی الشروط التی تذكر فی التزويج و غيره من العقود و الإيقاعات التی لا تقبل التزلزل و الخيار، فإنّ فيها لا بدّ من تفسير

---

[۱] الشرط الفاسد لا يوجب الخيار فی سائر العقود أيضاً.

---

(۱) المائده ۵: ۱.

....

الشرط بهذا المعنی أعنی تعليق المنشأ علی التزام الآخر إذ المورد غير قابل للمعنی الآخر الذی نذكره للشرط، و من هنا فلا محاله يكون نفس الالتزام قيداً للمنشإ دون الملتزم به. فلو قالت المرأه: زوجتك نفسی علی أن لا تخرجنی من هذا البلد مثلًا فقبل الرجل أصل الزواج من دون التزام بالشرط، بطل العقد، لأن ما أنشأته المرأه إنما هی الزوجيه المقيده بالالتزام، فإذا لم يلتزم الزوج بذلك انتفی المقيد كلياً و حكم ببطلان العقد، لعدم تحقق ما علق الإنشاء عليه.

و قد عرفت فی محله أنّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحّه العقد، لكونه

تعليقاً على أمر حاصل و معلوم بالفعل. نعم، لو فرضنا تعليق الزوجيه على نفس السكنى فى البلد المعين دون الالتزام به، لكان من التعليق الباطل.

ثانياً: تعليق الالتزام بالعقد على تحقق المشروط فى الخارج و وجوده. و هذا المعنى يرد فيما إذا كان المشروط أمراً خارجاً عن إراده المشروط عليه و اختياره، كما هو الحال فى اشتراط الكتابه فى العبد عند شرائه، فإنّ مثل هذه الشروط لا يمكن أن يرجع إلى المعنى الأوّل، إذ ليس للمشروط عليه الالتزام بما هو خارج عن اختياره فالعقد غير معلق على شى ء و إنما المعلّق هو الالتزام بالعقد، بحيث لو لم يوجد فلا التزام للشارط بالعقد و له رفع اليد عنه، و هو ما يعبّر عنه بالخيار.

هذا و قد يجتمع المعنيان فى عقد واحد، كما لو اشترى قماشاً و اشترط على البائع أن يخيطه. فإنّ أصل العقد معلق على التزام البائع بالخياطه، كما أن التزامه بالعقد معلق على تحقّق الخياطه فى الخارج، فيكون المورد مجمعاً لكلا المعنيين.

إذا عرفت هذا كله يتضح لك أنّ فساد الشرط لا- يوجب فساد العقد. إذ على المعنى الأوّل يكون العقد مقيداً بالالتزام، و المفروض أنه قد تحقق من قبل الطرف الآخر، فلا وجه للقول بفساد إنشاء العقد. و على المعنى الثانى فالعقد أجنبى عن جعل الخيار للشارط و إن كان الأوّل ظرفاً للثانى، بمعنى أنه إنما يجعل فى ضمن الأوّل.

و عليه فإذا فرض فساد الثانى بحكم الشارع، لكونه مخالفاً للكتاب و السنّه، لم يكن وجه للقول ببطلان الأوّل، لأنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل المستفاد من بعض النصوص خلافه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۷۵

....

و هذه النصوص عديده:

منها: ما هو صريح فى عدم

فساد العقد بفساد الشرط.

و منها: ما هو ظاهر الدلاله فيه، كصحيحه عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب اللّه فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب اللّه عزّ و جلّ» «۱».

و صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق، فقال: «إنّ رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) قال: من شرط شرطاً سوى كتاب اللّه عزّ و جلّ، لم يجز ذلك عليه و لا له» «۲».

و هما ظاهرتان فى إلغاء الشرط خاصه و أنه يفرض كالعدم، إذ لو كان أصل العقد فاسداً لم يكن وجه لنفى نفوذ الشرط خاصه، حيث لا موضوع له مع فساد العقد.

و أوضح منهما صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه قضى فى رجل تزوّج امرأه و أصدقته هى و اشترطت عليه أن بيدها الجماع و الطلاق، قال: «خالفت السنّه، و وليت حقاً ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنّه» «۳».

و صحيحته الأُخرى عنه (عليه السلام) أيضاً، أنه قال: «قضى على (عليه السلام) فى رجل تزوّج امرأه، و شرط لها إن هو تزوّج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريه فهى طالق، فقضى فى ذلك أن شرط اللّه قبل شرطكم، فإن شاء وفى لها بالشرط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها» «۴».

و هذه كما تراها صريحه فى صحّه العقد و بطلان الشرط خاصه.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۸ كتاب التجاره، أبواب

الخيار، ب ۶ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ۱۸ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ۲۹ ح ۱.

(۴) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ۱۳ ح ۲.

بالخيار (۱) بخلاف المقام حيث إنه لا يجرى خيار الاشتراط فى النِّكاح (۲). نعم، مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار فى سائر العقود أيضاً.

[مسأله ۱۰: إذا تزوّج حر أمه من غير إذن مولاها، حرم عليه وطؤها]

[۳۸۱۰] مسأله ۱۰: إذا تزوّج حر أمه من غير إذن مولاها، حرم عليه وطؤها (۳)

---

(۱) و هو غريب منه (قدس سره)، إذ لا قائل بثبوت الخيار عند تخلف الشرط الفاسد، و إنما هو فرع إمضاء الشارع للشرط، فإذا لم يكن كذلك فلا يفرق الحال فيه بين النكاح و غيره.

(۲) على ما هو المشهور شهره عظيمه، بل إن اشتراطه مبطل للعقد، حتى و إن لم نقل باقتضاء فساد مطلق الشرط لفساد العقد.

و الوجه فى ذلك أن جعل الخيار فى العقد لا ينفك عن تقييد العقد بزمان فسخ من له الخيار، فيكون المنشأ محدوداً بعدم الفسخ لا محاله، إذ إن إطلاق المنشأ لما قبل الفسخ و بعده كالإهمال ممتنع، فإنه بعد الفسخ يرجع كل شى ء إلى مالكه. و حيث إن النِّكاح إمّا أبدى و إمّا مؤقّت مع لابدّيّه تعيين الوقت على ما دلّت عليه النصوص فلا مجال للالتزام بالصحّه فى المقام، نظراً لعدم معلوميه وقت الفسخ، بل إن أصل تحققه غير محرز، فإنّ من له الخيار قد يفسخ و قد لا يفسخ بالمره.

و هذه خصوصيّه فى النِّكاح توجب فساد العقد عند اشتراط الخيار فيه، نظير فساد البيع عند اشتراط أمر مجهول لكونه

غررياً. و ليس هـذا من بـاب اقتضاء فساد الشـرط لفساد العقـد، إذ النزاع فى كبرى اقتضاء فساد الشـرط لفساد العقـد إنما هو فى العقد الجامع لجميع شرائط الصحّه، فلا يشمل مثل المقام، حيث إن الفساد من ناحيه عدم تعيين الوقت أو الغرر.

(۳) بلا خلاف فيه. و لا يختص الحكم بالمقام، بل يعمّ كل عقد يتوقّف على إجازه من له الإجازه، سواء أ كان هو السيد أم كان غيره، كالتزوّج ببنت الأخ أو بنت الأُخت قبل إجازه العمّه أو الخاله، أو التزوّج بالبكر قبل إذن أبيها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۷۷

و إن كـان بتوقّع الإجـازه (۱). و حينئـذٍ فـإنْ أجـاز المولى كشف عن صـحته، على الأقوى من كون الإجازه كاشـفه (۲). و عليه المهر، و الولد حر (۳). و لا يحدّ حد الزنا و إن كان عالماً بالتحريم، بل يعزر. و إن كان عالماً بلحوق الإجازه، فالظاهر عدم

---

(۱) إذ لا أثر لمجرّد توقّعها، و إنما المعتبر فى الحل هو تحقّقها فى الخارج.

(۲) هذا إذا التزمنا بالكشف الحقيقى كما اختاره الماتن (قدس سره)، حيث ينكشف صحّه العقد من حين وقوعه و كون الوطء حلالًا فى حينه، و إن كان حراماً ظاهراً لاستصحاب عـدم تحقّق سـبب الزوجيه فى فرض الشك فى لحوق الإجازه، و لـذا يحكم بتعزيره. و أمـا إذا علم حين الوطء بأن المولى سيجيزه بعـد ذلك و قـد تحقّقت الإجازه بالفعل، لم يثبت حتى التعزير حيث يعلم بحصول الزوجيه، فلا يكون فى الفعل مخالفه للحكم الواقعى أو الظاهرى.

و أمّا إذا التزمنا بالكشف الحكمى كما اخترناه، فالأمه محكومه بعـدم الزوجيه إلى ما قبل الإجازه، و عنـدها يحكم بكونها زوجه من حين العقد.

و من هنا فلا فرق

بين العالم بلحوق الإجازه و الشاكّ فيه، فيحكم بكونه زانياً مطلقاً باعتبار أنه قد وطئ أجنبيه من غير استحقاق أو شبهه، و من ثمّ فيحدّ حدّ الزنا.

نعم، لو لحقت الإجازه قبل إجراء الحدّ سقط لا محاله، إذ بها تجرى عليه أحكام الزوجيه، فلا يعتبر الوطء السابق فعلًا زنا و إن كان كذلك إلى ما قبل الإجازه. إلّا أن هذا لا يعنى سقوط التعزير أيضاً، فإنّ الحرمه و المبغوضيه لا تنقلبان بالإجازه إلى الإباحه، و من هنا فيعزر على فعله حتى مع علمه بلحوق الإجازه، بل و حتى مع تحققها فى الخارج أيضاً.

(٣) لانكشاف صحّه العقد من حينه، فيكون ولداً للحر، فيحكم بحريته من هذه الجهه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٧٨

الحرمه [١] (١) و عدم التعزير أيضاً.

و إن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج. و يحدّ حينئذ حدّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم، و لم يكن مشتبهاً من جهه أُخرى، و عليه المهر بالدخول، و إن كانت الأمه أيضاً عالمه على الأقوى [٢] (٢). و فى كونه المسمّى، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً و نصفه إن كانت ثيباً، وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير (٣).

---

(١) بل الظاهر هو التحريم. فإنّ الفعل على ما اخترناه من الكشف الحكمى محرم قبل تحقق الإجازه فى الخارج واقعاً، و لا ينافيه الحكم بحليته بعد الإجازه، إذ لا مانع من اعتبارين لأمرين متضادّين أو متناقضين فى زمانين مختلفين، كما عرفته مفصلًا. و كذلك الحال فى التعزير، إلّا إذا فرض كونه مشتبهاً.

(٢) و هو مناقض لما تقدّم منه (قدس سره) فى المسأله الخامسه عشره من فصل عدم جواز التزويج فى عدّه الغير، حيث اختار هناك عدم استحقاق مولاها

للمهر فيما إذا كانت الأمه عالمه، و قد عرفت أنه الصحيح، فما ذكره (قدس سره) هنا مضافاً إلى كونه غير تام فی نفسه مناقض لما تقدّم منه (قدس سره).

(۳) و ذلک فلأن الأوّل لا وجه له مطلقاً بعد فرض فساد العقد.

و الثانی و إن كان على طبق القاعده، إلّا أنه إنما يتمّ فيما إذا لم يكن دليل على الخلاف، و حيث إنّ النصوص الخاصه دالّه على القول الأخير، فلا مجال للعمل بمقتضى القاعده.

و ليست من هذه النصوص صحيحه الوليد بن صبيح عن أبی عبد اللّه (عليه السلام) فی رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلست نفسها له، قال: «إن كان الذی

---

[۱] بل الظاهر هو التحريم، و لا ينافی ذلک الحكم بعدم الحرمه بعد الإجازه، و كذلک الحال فی التعزير إلّا إذا فرض أنه كان مشتبهاً.

[۲] فی ثبوت المهر فی هذا الفرض إشكال بل منع كما تقدّم منه أيضاً فی المسأله الخامسه عشره من فصل عدم جواز التزويج فی عدّه الغير.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۷۹

....

زوّجها إياه من غير مواليها فالنكاح فاسد». قلت: فكيف يصنع بالمهر الذی أخذت منه؟ قال: «إن وجد مما أعطاها شيئاً فليأخذه، و إن لم يجد شيئاً فلا شی ء له، و إن كان زوّجها إياه ولی لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها» «۱».

بدعوى أنها لا تختص بالتدليس، بل تعمّ و بمقتضى التعليل المذكور فی ذيلها كل مورد يستحل الرجل فرج الأمه.

فإنه مدفوع بأنها وارده فی الوطء بعقد صحيح، غايه الأمر أن للزوج حق الفسخ من جهه التدليس، فلا

مجال للتعدى عن موردها إلى فرض الزنا الذى هو محل الكلام.

و لا صحيحه الفضيل بن يسار، قال: قلت لأبى عبد اللّٰه (عليه السلام): جعلت فداك، إنّ بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: «إذا أحل الرجل لأخيه فرج جاريته فهى له حلال»؟ فقال: «نعم يا فضيل». قلت: فما تقول فى رجل عنده جاريه له نفيسه و هى بكر أحل لأخيه ما دون فرجها، إله أن يقتضها؟ قال: «لا، ليس له إلّا ما أحل منها، و لو أحلّ له قبله منها لم يحل له ما سوى ذلك». قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقتضها؟ قال: «لا ينبغى له ذلك». قلت: فإن فعل أ يكون زانياً؟ قال: «لا، و لكن يكون خائناً، و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها» «۲».

فإنها وارده فى مورد خاص و ليس فيها تعليل كى يتعدى به، و من هنا فإثبات حكمها فى مورد الزنا يحتاج إلى الدليل.

و إنما هى صحيحه طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) قال: «إذا اغتصب أمه فاقتضها فعليه عشر قيمتها، و إن كانت حرّه فعليه الصِّداق» «۳». فإنّها وارده فى البكر و واضحه دلاله.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۳۵ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۲۸ كتاب الحدود، أبواب حد الزنا، ب ۳۹ ح ۵.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۸۰

و يكون الولد لمولى الأمه (۱).

و أمّا إذا كان جاهلًا بالحكم، أو مشتبهاً من جهه أُخرى، فلا يحدّ. و يكون الولد

حرّا (٢). نعم، ذكر بعضهم أنّ عليه قيمته يوم سقط حيّاً [١]، و لكن لا دليل عليه فى المقام (٣). و دعوى أنه تفويت لمنفعه الأمه، كما ترى، إذ التفويت إنما

و صحيحه عبد اللّه بن سنان، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه حبلى لم يعلم بحبلها فوطئها، قال: «يردّها على الذى ابتاعها منه، و يردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها» «١».

و موردها و إن كان وطء ما يملكه الإنسان لا الزنا، إلّا أن التعليل المذكور فى ذيلها أعنى قوله (عليه السلام): «لنكاحه إياها» يدلّ على اقتضاء مطلق النكاح و طبيعيه لثبوت نصف العشر فى الثيب التى هى موردها، باعتبار أن الحبل لا يكون غالباً إلّا بالوطء. و على فرض تسليم إطلاقها، فهى مخصصه بالنصوص الداله على ثبوت العشر بتمامه عند وطء الباكر.

إذن فالنتيجه فى المقام هو القول بثبوت تمام العشر عند زنا الحرّ بالأمه البكر لصحيحه طلحه بن زيد، و نصفه عند الزنا بالثيب لصحيحه عبد اللّه بن سنان.

(١) و قد تقدّم الكلام فيه مفصلًا فى المسأله الثامنه من هذا الفصل، حيث قد عرفت أن فرض زنا الأب مستثنى من عموم حريه الولد، فيما إذا كان أحد أبويه حرّا.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و قد تقدّم الكلام فيه أيضاً.

(٣) ما أفاده (قدس سره) غريب منه، إذ الروايات الوارده فى تدليس الأمه و تزوّجها بدعوى الحريه، غير قاصره الشمول للمقام.

كموثقه سماعه، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن مملوكه أتت قوماً

---

[١] هذا هو الصحيح لمعتبره سماعه و غيرها، و عليه فمن الغريب من الماتن (قدس سره) حيث إنه نفى الدليل عليه فى المقام، و ذلك لأنّ مورد

الروايات هو هذا المقام و هو ما إذا كان الواطئ جاهلًا بالحكم أو مشتبهاً.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۸ کتاب التجاره، أبواب أحكام العيوب، ب ۵ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۸۱

جاء من قبل حكم الشارع بالحريه. و على فرضه فلا وجه لقيمه يوم التولد، بل مقتضى القاعده (۱) قيمه يوم الانعقاد، لأنه انعقد حرّا، فيكون التفويت فی ذلك

و زعمت أنها حرّه فتزوجها رجل منهم و أولدها ولداً، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البينه أنها مملوكه و أقرّت الجاريه بذلك، فقال: «تدفع إلى مولاها هی و ولدها، و على مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمه يوم يصير إليه» «۱».

إذ من الظاهر أنه لا اعتبار بالخصوصيات المذكوره فيها من التدليس و غيره فی الحكم، و إنما المدار على جهل الزوج بالحرمه، سواء أ كان ذلك ناشئاً من جهله بالموضوع أم جهله بالحكم خاصه، فيشمل الحكم كلتا الصورتين و إن كان موردها هو الأوّل خاصه.

و مما يؤكد ذلك قوله (عليه السلام) فی ذيل الصحيحه فی جواب السؤال عما لو امتنع الأب عن السعی فی ثمن ولده: «فعلى الإمام أن يفتديه و لا يملك ولد حر».

فإنه واضح الدلاله على عدم اختصاص الحكم بفرض الشبهه الموضوعيه، و إن العبره إنما هی بكون الوطء شبهه، بحيث ينتسب الولد إليه شرعاً و يتّصف بكونه ولداً للحرّ، من دون فرق بين أن يكون ذلك من جهه التدليس أو من جهه أُخرى غيره. و من هنا فيحكم بحريه الولد مع لزوم دفع قيمته إلى مولاها، جمعاً بين الحقّين.

و مع قطع النظر عن ذلك، فمن البعيد جدّاً أن يكون حكم الجهل بالحكم لا سيما إذا كان عن تقصير أهون من حكم الجهل

بالموضوع، فيجب فى الثانى مضافاً إلى دفع العشر أو نِصفه قيمه الولد، فى حين يكون الولد له فى الأوّل من دون دفع شى ء.

و كيف كان، فما ذكره جماعه من المحققين من وجوب دفع قيمه الولد يوم يسقط حياً الذى هو يوم يصير الولد إلى أبيه لمولاها، هو الصحيح على ما تقتضيه نصوص التدليس.

(۱) لكن العمل بها يتوقّف على عدم النص، و حيث قد عرفت وجوده فلا مجال

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۵.

الوقت.

[مسأله ۱۱: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يردّه أيضاً حتى مات]

[۳۸۱۱] مسأله ۱۱: إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته و لم يردّه أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازه وارثه له، أم لا؟ وجهان، أقواهما العدم، لأنها على فرضها كاشفه، و لا يمكن الكشف هنا، لأنّ المفروض أنها كانت للمورث، و هو نظير من باع شيئاً ثمّ ملك [۱] (۱).

للعمل بها.

(۱) الكلام تاره يقع فى غير النكاح من العقود كالبيع و نحوه، و أُخرى فى النكاح بخصوصه.

أمّا المقام الأوّل: فقد يفرض أنّ العقد قد صدر ممن قد انتقل إليه المال بعد ذلك و قد يفرض صدوره من غيره.

أمّا الفرض الأوّل، كما لو باع الوارث المنحصر مالًا لمورثه فى حياته ثمّ مات مورثه فانتقل المال إلى البائع، فالأقوال فيه مختلفه، حيث ذهب جماعه إلى النفوذ مطلقاً، و ذهب آخرون إلى العدم مطلقاً، و فصّل ثالث بين الإجازه بعد الملك فيحكم بالنفوذ، و عدمها فيحكم بالبطلان.

و قد تقدّم منا فى محلِّه من مباحث المكاسب اختيار القول الأخير إذ لا أثر لرضاه بالبيع فى ذلك الحين، فلا يكون مشمولًا لدليل المستثنى فى قوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ

إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» «۱» فإذا ملكه و رضی به بعد ذلک کان مصداقاً للمستثنی.

و العمده فی صحّه هذا العقد ما ورد فی الزکاه من أن المالک إذا باع تمام النصاب بعد

---

[۱] لیس المقام نظیر ذلک، بل هو نظیر ما إذا بیع دار زید فضولًا من عمرو، ثم انتقلت الدار منه إلی بکر ببیع أو نحوه، فأجاز بکر ذلک العقد الواقع فضولًا، هذا مضافاً إلی أنه قد ثبت صحّه العقد فیمن باع شیئاً ثمّ ملک بالنص، و أمّا المقام فلا نصّ فیه، و مقتضی القاعده فیه هو البطلان.

---

(۱) سوره النساء ۴: ۲۹.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۸۳

....

تعلق الزکاه به و قبل إخراجها، وجب علی المشتری أداؤها و یرجع به علی البائع، إلّا إذا أخرجها المالک الأوّل بعد البیع من ماله الخاص، فإنه حینئذ لا یجب علی المشتری شی ء و یصح البیع. فإنّ من الواضح أن مورد هذه الروایات إنما هو بیع شی ء لم یملکه أعنی حصه الزکاه ثمّ ملکه بعد ذلک بالأداء من ماله الخاص، فتکون دلیلًا علی صحّه مثل هذا البیع.

و أما الفرض الثانی، کما لو باع ثالث مال المورث فضوله فمات المورث قبل أن یمضیه أو یرده، فانتقل المال إلی وارثه فأجاز العقد، فهل یحکم بالصحّه أم لا؟

فیه خلاف، اختار الماتن (قدس سره) الثانی باعتبار أن الإجازه کاشفه و الکشف غیر معقول فی المقام، و اختار جماعه الأوّل.

و قد تعرض شیخنا الأنصاری (قدس سره) إلی هذه المسأله مفصلًا، و اختار فیها الصحّه. و قد أجاب عمّا ذکره الماتن (قدس سره)، بأنّ الکشف إنما یکون فی الزمان القابل لا مطلقاً، و من هنا فعند الإجازه ینکشف انتقال المال إلی المشتری

من حين انتقاله إلى ملك المالک الثانى «۱».

و ما أفاده (قدس سره) هو الصحيح، و ليس المقام من قبيل من باع شيئاً ثمّ ملک فإنّ الفرق بينهما واضح، و من هنا فيحكم بصحّته عند إجازه المالک الثانى له، و تفصيل الكلام فى محلّه.

و أمّا المقام الثانى: فلا يخفى أنه لا مجال للالتزام بالصحّه فيه، و إن قلنا بها فى غيره من العقود الفضوليه.

و الوجه فيه أنّ الصحّه فى غير النكاح لم تكن تحتاج إلى الدليل الخاص و إنما كانت على وفق القاعده، حيث إن العقد كان مستجمعاً للشرائط غير الانتساب، فإذا أجاز من له الأمر و الولايه استند العقد إليه و حكم بصحته.

بخلاف النِّكاح، حيث إن مقتضى القاعده فيه هو البطلان، غايه الأمر أننا التزمنا بالصحّه فيه لقوله (عليه السلام): «إنه لم يعص اللّه، و إنما عصى سيِّده، فإذا أجاز فهو

---

(۱) كتاب النكاح ۲۰: ۲۴۶ ۲۴۷ طبع المؤتمر العالمى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۸۴

[مسأله ۱۲: إذا دلّست أمه فادعت أنها حرّه، فتزوّجها حرّ و دخل بها ثمّ تبين الخلاف]

[۳۸۱۲] مسأله ۱۲: إذا دلّست أمه فادعت أنها حرّه، فتزوّجها حرّ و دخل بها ثمّ تبين الخلاف، وجب عليه المفارقه (۱). و عليه المهر لسيدها، و هو العشر و نصف العشر على الأقوى (۲) لا المسمّى، و لا مهر المثل. و إن كان أعطاها المهر

له جائز» «۱». و لما كان هذا التعليل لا يشمل المقام، نظراً إلى أن الحر حينما تزوّج بالأمه كان العقد باطلًا، لكونها عاصيه لسيدها و هو لم يجز حتى مات و انتقلت هى عن ملكه إلى ملک غيره، و المالک الجديد ليس له صلاحيه إجازه العقد المتقدم، لأنها لم تكن عاصيه له حين العقد باعتبار أنه لم يكن مولاها. و من هنا فيحكم بالبطلان لا

محاله، حتی و إن قلنا بصحّه البیع و نحوه.

(۱) بلا خلاف فیه و لا إشکال.

(۲) و قد تقدّم الحدیث فیه مفصلًا، حیث قد عرفت أنه مقتضی صحیحه الولید بن صبیح و موثقه سماعه المتقدِّمتین.

ثمّ إن الحکم مما لا إشکال فیه، فیما إذا کانت الأمه جاهله بالحال و مشتبهه أیضاً. و أما إذا کانت عالمه بالحال فربّما یتوقّف فی ثبوتهما، لما تقدّم من أنه «لا مهر لبغی» إذ قد عرفت أن هذا التعبیر و إن لم یرد فی شی ء من النصوص المرویه عن طرقنا، إلّا أن مضمونه قد ورد فی جمله من النصوص المعتبره، کالتی دلت علی أن اجره الفاجره سحت.

إلّا أنه مدفوع بأنّ المهر الذی یثبت بالتقاء الختانین کالتعبیر بالأجر، ظاهر فی المسمی أو المثل فیما إذا لم یکن هناک تعیین، و من الواضح أنه لا منافاه بین نفی هذا و بین ثبوت العشر أو نصفه بحکم تعبدی و لأمر خاص، هو استحلال الرجل لفرج أمه الغیر و وطؤها بعنوان أنه حلال له.

و مع الإغماض عن هذا، فلا ینبغی الشک فی أن حمل هذه النصوص علی فرض کون الأمه مشتبهه أیضاً، حمل علی فرد نادر جدّاً باعتبار أنها وارده فی التی تدلس نفسها. و عجز العبد و الأمه عن کل شی ء و عدم جواز تزوجهما بغیر إذن مولاهما

---

(۱) راجع ص ۱۸ ه ۱.

استرد منها إن کان موجوداً، و إلّا تبعت به بعد العتق [۱] (۱).

لیس من الأُمور التی تخفی علی أحد إلّا الشاذ، و لذا ضرب اللّه به مثلًا، فإنه إنما یکشف عن وضوح ذلک لدی الکلّ.

و من هنا فتکون الروایه شامله لمورد علمها أیضاً، فیثبت الحکم من

ناحیه النص الصحیح.

(۱) علی ما تقتضیه القواعد، فإنها هی التی أتلفت المال، فیثبت فی ذمتها ما دامت مملوکه و علیها الأداء بعد الانعتاق.

غیر أن روایه صحیحه وارده فی المقام، قد دلّت علی التفصیل بین ما إذا کان الذی زوجها إیاه ممن له ولایه علیها، و بین ما إذا کان الذی زوجها إیاه غیره. حیث یرجع فی الأوّل علی ولیها، فی حین لا شی ء له فی الثانی.

و هذه الصحیحه هی ما رواه الولید بن صبیح عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، فی رجل تزوّج امرأه حرّه فوجدها أمه قد دلست نفسها له، قال: «إن کان الذی زوّجها إیاه من غیر موالیها فالنکاح فاسد». قلت: فکیف یصنع بالمهر الذی أخذت منه؟ قال: «إن وجد مما أعطاها شیئاً فلیأخذه، و إن لم یجد شیئاً فلا شی ء له، و إن کان زوّجها إیاه ولیّ لها ارتجع علی ولیّها بما أخذت منه» «۱».

فإنّ مقتضاها عدم ثبوت شی ء فی ذمتها عند تلف المسمّی فی یدها مطلقاً، سواء فی ذلک زمان الرقیه و بعده. و حیث إنها صحیحه السند، فلا محیص من العمل بها و رفع الید عما تقتضیه القاعده، و إن کان القول به مشهوراً بین الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات.

---

[۱] هذا الحکم و إن کان مشهوراً بین الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات إلّا أنه مشکل جدّاً، بل لا یبعد عدمه بمقتضی قوله علیه السلام فی صحیحه الولید بن صبیح: «و إن لم یجد شیئاً فلا شی ء له علیها» فإنه ینافی ثبوت شی ء علیها فی ذمّتها.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۶۷ ح ۱.

و لو جاءت بولد، ففی کونه

حراً، أو رقّاً لمولاها، قولان (١). فعن المشهور أنه رقّ، و لكن يجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً، و إن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى فى قيمته، و إن أبى وجب على الإمام (عليه السلام) دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال.

---

(١) و الصحيح هو التفصيل بين إقامه الزوج البيّنه على قيام البيّنه على حريتها حين تزوّجه منها، فيحكم بكون ولده أحراراً.

و عدمه، فيحكم بكونهم مملوكين لمولاها. لكن لا على نحو الملك المطلق كما هو الحال فى سائر أرقّائه و عبيده، و إنما على نحو الملك المتزلزل و غير المستقر، حيث لا يجوز له بيعهم و لا غيره من التصرفات، بل يجب عليه دفعهم إلى أبيهم و له مطالبته بقيمتهم يوم سقطوا أحياء، فيكون ملكه لهم أشبه الأشياء بملك الرجل أحد عموديه أو محارمه من النساء، حيث إن ملكيته لهم لا تكون مستقره، فلا يجوز له المعامله عليهم ببيع أو غيره، و إنما ينعتقون عليه بمجرّد دخولهم فى ملكه آناً ما.

و الوجه فيما اخترناه هو النصوص الوارده فى المقام، فإنّ بعضها صريح الدلاله فى رقيتهم مطلقاً.

كصحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى المرأه أتت قوماً فخبرتهم أنها حرّه، فتزوّجها أحدهم و أصدقها صداق الحرّه ثمّ جاء سيدها، فقال: تردّ إليه و ولدها عبيد» «١».

و صحيحه الوليد بن صبيح المتقدِّمه، حيث ورد فى ذيلها: قلت: فإن جاءت منه بولد؟ قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النِّكاح بغير إذن الموالى» «٢».

إذ إن حمل هذه الجمله على الخبريه لا يستقيم، باعتبار أن مراده (عليه السلام) منها لو كان بيان حريه الولد لما

كان هناك حاجه إلى ذكر الشرطيه، أعنى قوله (عليه السلام): «إذا كان النكاح بغير إذن الموالى». على أن هذه الشرطيه مما لا يمكن

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶٧ ح ۴.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶٧ ح ١.

....

الالتزام بها فى نفسها، نظراً إلى أن مفهومها هو رقيه الأولاد إذا كان النكاح بإذن مواليها، و هو فاسد قطعاً.

فمن هنا يتعيّن حملها على الاستفهام الاستنكارى، فتكون هذه الصحيحه موافقه فى المدلول لصحيحه محمد بن قيس.

و على كل فلا يهمنا كون الجمله خبريه أو استفهاميه، لأنهما معاً مقيدتان بموثقه سماعه، قال: سألته عن مملوكه قوم أتت قبيله غير قبيلتها و أخبرتهم أنها حرّه فتزوجها رجل منهم فولدت له، قال: «ولده مملوكون إلّا أن يقيم البيّنه أنه شهد له شاهدان أنها حرّه، فلا يملك ولده و يكونون أحراراً» «١».

فإنها تقيّد صحيحه محمد بن قيس بما إذا لم يكن للزوج بيّنه على حريتها عند تزوجه منها، كما تقيّد صحيحه الوليد بن صبيح على التقديرين: فتقيد بما قيدت به صحيحه محمد بن قيس لو حملت الجمله على الاستفهاميه، فى حين تقيد بخلافه أعنى ما لو كانت للزوج بيّنه لو حملت على الخبريه.

ثمّ إن ظاهر المملوكيه فى فرض عدم قيام البيّنه و إن كان هو الرق المطلق بحيث لمولاها أن يتصرف فيهم كيف يشاء، إلّا أن موثقه سماعه الثانيه تدلّ على أنه ليس لمولاها هذا الاختيار، و إنّ رقيتهم إنما هى غير مستقره، فلا بدّ له من دفعهم إلى أبيهم و مطالبته بثمنهم، فإن لم يكن لأبيه ما يأخذهم به كان عليه

السعی، فإن أبی فعلی الإمام أن یفتدیه.

و هذه الموثقه هی ما رواها سماعه، قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن مملوکه أتت قوماً و زعمت أنها حرّه فتزوجها رجل منهم و أولـدها ولـداً، ثمّ إن مولاها أتاهم فأقام عنـدهم البیّنه أنها مملوکه و أقرّت الجاریه بذلک، فقال: «تدفع إلی مولاها هی و ولدها، و علی مولاها أن یدفع ولدها إلی أبیه بقیمه یوم یصـیر إلیه». قلت: فإن لم یکن لأبیه ما یأخذ ابنه به؟ قال: «یسعی أبوه فی ثمنه حتی یؤدیه و یأخذ ولده». قلت: فإن أبی الأب أن یسعی فی ثمن ابنه؟ قال: «فعلی الإمام أن یفتدیه و لا

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۶۷ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۸۸

....

یملک ولد حر» «۱».

و الاحتمالات فی هذه الموثقه ثلاثه:

الأوّل: أن تحمل علی صوره قیام البیّنه لدی الزوج حین التزویج علی کونها حرّه.

الثانی: أن تحمل علی صوره عدم قیام البیّنه علی حرِّیّتها لدیه.

الثالث: أن تحمل علی ما یعمّ کلتا الصورتین.

و الاحتمال الأوّل مندفع، بأنه مضافاً إلی استلزامه للتقیید بغیر موجب تقیید بفرد نادر جدّاً، و خلاف ظاهر صدرها، إذ الظاهر منه أن إقدام الرجل علی التزویج منها کان مستنداً و متفرعاً علی زعمها الحریه و إخبارها بذلک.

علی أن هذا الاحتمال غیر سـلیم فی نفسه. فإنه لو قامت البیّنه علی حریتها، فلا مجال لتسـلیمها إلی مدعی مالکیتها حتی و لو أقام البیِّنه، فإنّ البیِّنتین تتعارضان و تتساقطان حیث لا مرجح لإحداهما علی الأُخری، و معه فلا مجال لتسلیمها إلیه.

و دعوی أن إقرارها یعضد بیّنه المدعی و یجعل الترجیح لها.

مدفوعه بأنه منافٍ لحقّ الزوج و إقرار فی

حقه فلا يسمع، نظير إقرار المرأه بعد التزويج أنها ذات بعل.

و أما الاحتمال الأخير، ففيه: أن الحكم لو كان عاما، لبطلت فائده التفصيل بين قيام البيّنه و عدمه فى صحيحه سماعه الاولى و كان لغواً.

إذن فيتعين الاحتمال الثانى، و هو الذى استظهرناه، و يساعد عليه ظاهر صدرها حيث قد عرفت أن ظاهره هو الاعتماد على إخبارها دون البيّنه.

و الحاصل فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين وجود البيّنه للأب، فيكون ولده أحراراً. و عدمه، فيكونوا أرقاء، لكن لا على نحو الرق المطلق، بل تكون رقيتهم رقيه غير مستقره، فيجب على مولاها أن يدفعهم إلى أبيهم و له أن يأخذ ثمنهم منه فإن لم يكن له ما يأخذ ابنه به كان عليه السعى، فإن أبى كان على الإمام دفع قيمتهم و فكّهم.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۷ ح ۵.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۸۹

و الأقوى كونه حرّا (۱) كما فى سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنه لا إشكال فى كون الولد حرّا، فلا خصوصيّه لهذه الصوره. و الأخبار الدالّه على رقيته [۱] منزَّله على أنّ للمولى أخذه ليتسلم القيمه (۲) جمعاً بينها و بين ما دلّ على كونه حرّا. و على هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر، من دفع القيمه، أو السعى، أو دفع الإمام (عليه السلام)، لموثقه سماعه.

هذا كلّه إذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرّه. و أما إذا وطئها بعد العلم بكونها أمه، فالولد رقّ (۳) لأنه من زنا حينئذ. بل و كذا لو علم سبق رقيتها

و الحاصل فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين وجود البيّنه للأب، فيكون ولده أحراراً. و عدمه، فيكونوا أرقاء، لكن لا

على نحو الرق المطلق، بل تكون رقيتهم رقيه غير مستقره، فيجب على مولاها أن يـدفعهم إلى أبيهم و له أن يأخذ ثمنهم منه فإن لم يكن له ما يأخذ ابنه به كان عليه السعى، فإن أبى كان على الإمام دفع قيمتهم و فكّهم.

(۱) بل الأقوى هو التفصيل، كما عرفت.

(۲) و هو فى غـايه البعـد. فإنّه إنما يتمّ فى خصوص ما دلّ على أنّ لمولاها أن يأخـذهم، و لا يتمّ فيما ورد فيه التصـريح بكونهم أرقاء و عبيد كصحيحه محمّد بن قيس المتقدِّمه، إذ لا مجال لحملها على أخذه لهم مقدّمه لاستلام قيمتهم.

(۳) بلا خلاف فيه و لا إشكال. إذ يكون الفعل حينئذ زنا، فيجرى عليه جميع

---

[۱] الصـحيح فى المقـام أن يُقال: إنّ مقتضـى عـدّه من الروايات العامّه أنّ الولـد حر إذا كان أحـد أبويه حرّا فيما إذا كان الوطء صحيحاً و لو كان شبهه، و لكن لا بدّ من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الوارده فى المقام المفصّله بين ما إذا كان الـوطء بالشـبهه مسـتنداً إلى بيِّنه شـرعيّه و مـا إذا لم يكن مسـتنداً إليهـا، فعلى الأـوّل الولـد حر و على الثـانى رق، فهـذه الصـوره بمقتضـى هـذه الروايـات خـارجه عن تلـك المطلقـات رغم أنّ الوطء فيهـا كـان بشـبهه، نعم يجب على أبيه أن يفكّه عن الرقيه بإعطاء قيمته لمولى الأمه يوم سـقط حيّاً، و هو اليوم الـذى يصـير إليه كما فى موثّقه سـماعه، و إن لم يكن عنـد الأب ما يفكّه به سعىٰ فى قيمته، و إن أبى فعلى الإمام عليه السلام أن يفديه، و بذلك يظهر الحال فيما بعده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۹۰

فادعت أنّ مولاها أعتقها، و لم يحصل

له العلم بذلك و لم يشهد به شاهدان، فإنّ الوطء حينئذ أيضاً لا يجوز، لاستصحاب بقائها على الرقيه [۱] (۱).

نعم، لو لم يعلم سبق رقيتها، جاز له التعويل على قولها، لأصاله الحريه (۲).

أحكام الزنا، من إجراء الحدّ، و كون الولد رقاً لمالكها.

(۱) و لعدم حجيه قول المملوك. و من هنا فيكون الفعل زنا، فيجرى عليه جميع أحكامه.

نعم، لا بدّ من تقييد ذلك بما إذا لم تحصل شبهه فى البين، و إلّا كما لو اعتقد حجيه قولها فلا وجه لإجراء أحكام الزنا عليه.

و لعلّ و اللّه العالم على هذا الفرض، أعنى الاستناد إلى قولها فى العتق من دون حصول قطع أو قيام بيّنه، تحمل موثقه زراره، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): أمه أبقت من مواليها فأتت قبيله غير قبيلتها فادعت أنها حرّه، فوثب عليها حينئذٍ رجل فتزوّجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك و قد ولدت أولاداً، قال: «إنّ أقام البيّنه الزّوج على أنه تزوّجها على أنها حرّه أعتق ولدها، و ذهب القوم بأمتهم، و إن لم يقم البيّنه أوجع ظهره و استرق ولده» «۱».

فإنها تحمل على علم الرجل الذى وثب عليها برقيتها قبل ذلك، و تزوجه منها من دون قيام بيّنه على حريتها أو حصول قطع من دعواها، و إلّا فالحكم بإجراء الحدّ عليه و رقيه أولاده بلا موجب.

(۲) المستفاده من صحيحه عبد اللّه بن سنان، قال: سمعت أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول: «كان على بن أبى طالب (عليه السلام) يقول: الناس كلهم أحرار، إلّا من أقرّ على نفسه بالعبوديه و هو مدرك من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيراً كان أو

---

[۱] هذا إذا لم تكن شبهه، و إلّا

كما إذا اعتقد أنّ قولها حجّه فتزوّجها ثمّ وطئها كان الوطء وطء شبهه، و حكمه ما عرفت بالإضافه إلى الولد، يعنى أن الولد رق، و لكن يجب على أبيه فكّه على ما تقدّم.

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٦٧ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٩١

فلو تبيّن الخلاف لم يحكم برقّيّه الولد. و كذا مع سبقها مع قيام البيّنه على دعواها (١).

[مسأله ١٣: إذا تزوّج عبد بحرّه من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلًا]

[٣٨١٣] مسأله ١٣: إذا تزوّج عبد بحرّه من دون إذن مولاه و لا إجازته كان النكاح باطلًا (٢) فلا تستحق مهراً (٣) و لا نفقه (۴) بل الظاهر أنها تحدّ حدّ الزنا (۵) إذا كانت عالمه بالحال، و أنه لا يجوز لها ذلك.

نعم، لو كان ذلك لها بتوقع الإجازه و اعتقدت جواز الإقدام حينئذ، بحيث تكون شبهه فى حقها، لم تحدَّ. كما أنه كذلك إذا علمت بمجى ء الإجازه [١] (۶). و أما إذا كان بتوقع الإجازه، و علمت مع ذلك بعدم جواز ذلك، فتحدّ مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت، فإنها تعزّر حينئذ، لمكان تجزُّئِها [٢] (٧).

كبيراً» «١».

(١) أو حصول القطع له بصدقها، لاستناده حينئذٍ إلى الحجه الشرعيه.

(٢) بلا خلاف فيه، على ما تقدّم بيانه مفصلًا.

(٣) لكونها زانيه و «لا مهر لبغى».

(۴) لأنها فرع الزوجيه، و مع فرض بطلانها فلا موضوع لها.

(۵) لعموم أدلّته.

(۶) و قد تقدّم الإشكال فيه فى المسأله العاشره، فراجع.

(٧) بناءً على ما اختاره (قدس سره) من الكشف الحقيقى، فإنها كانت معتقده بالحرمه و أقدمت على الفعل مع جهلها بالحليه. و أما بناء على ما اخترناه من الكشف الحكمى تعزّز، لارتكابها المحرّم الواقعى، حيث إنّ الفعل إنّما يتّصف بالحلِّيّه من حين

[١]

مجرّد العلم بتحقّق الإجازه فيما بعد لا يوجب سقوط الحد عنها ما لم تتحقّق فى الخارج إلّا إذا كانت مشتبهه و كانت معتقده بالجواز فى هذا الفرض.

[۲] بل لارتكابها المحرّم واقعاً فى ظرفه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۳ كتاب العتق، ب ۲۹ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۹۲

و إذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (۱). مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً

الإجازه، و إلّا فهو قبلها حرام واقعاً، و قد عرفت فيما تقدّم من الكلام فى المسأله العاشره أنه لا مانع من اعتبار الحرمه لفعل فى زمان و اعتبار الحليه له فى زمان آخر.

(۱) فيه إشكال بل منع. فإنّ قاعده النمائيه غير ثابته فى جانب الأب، إذ قد عرفت أنّ الولد من نتاج الأُم خاصه، و أنّ الأب لا يقوم إلّا بدور اللقاح. و على تقدير ثبوتها، فلا وجه لتفصيله (قدس سره) بين الزنا المقرون بالعقد الفاسد الذى هو محل كلامنا فى هذه المسأله، و بين الزنا المجرّد عنه الذى هو موضوع المسأله الآتيه.

فإنّ الوجه فى إلحاق الولد بالأب فى المقام، إن كان هو نفى انتساب الولد إلى الزانى من الأبوين و هو فى الفرض الام، فيكون نماءً للآخر أى الأب قهراً، فهو بعينه جار فى الزنا المجرد عن العقد الفاسد، فلا بدّ من الحكم بلحوقه بالأب، كما صرح به فى المسأله الثامنه.

و إن كان هو روايه العلاء بن رزين عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال فى رجل دبّر غلاماً له، فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد فولد له أولاد و كسب مالًا، و مات مولاه الذى دبّره فجاء ورثه الميت الذى دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟

فقال: «العبـد و ولـده لورثه الميت». قلت: أ ليس قـد دبّر العبد؟ قال: «لأنه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقّاً» «۱» على ما يظهر ذلك من صاحب الجواهر (قـدس سـره) حيث دلّت على لحوق الولد بالعبد فى العقد الفاسد، فيبقى غيره أعنى فرض عدم وجود العقد خالياً من الدليل، فلا يلحق الولد به.

فهى مضافاً إلى كونها مضـطربه السند إلى حد لم يعهد لها مثيل فى جميع النصوص على ما عرفت تقتضى عدم الفرق بين علمها بالحال و جهلها به، إذ إن موردها إن لم يكن هو فرض جهل المرأه كما يظهر ذلك من قوله (و لم يعلمهم أنه عبـد) فلا أقل من شمولها له. و حينئذ فلا وجه للتفصيل بين علم المرأه و جهلها، بل ينبغى الحكم بلحوق

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۸ ح ۱.

أيضاً، لقاعده النمائيه [۱] بعد عدم لحوقه بالحرّه.

و أمّا إذا كانت جاهله بالحال، فلا حدّ. و الولد حرّ (۱). و تستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق (۲).

[مسأله ۱۴: إذا زنى العبد بحرّه من غير عقد، فالولد حرّ]

[۳۸۱۴] مسأله ۱۴: إذا زنى العبد بحرّه من غير عقد، فالولد حرّ (۳). و إن كانت الحرّه أيضاً زانيه. ففرق (۱) بين الزنا المجرّد

الولد بأبيه فى فرض وجود العقد الفاسد مطلقاً، مع أنه (قدس سره) قد حكم بحريه الولد فى فرض جهل المرأه.

و الحاصـل أن كلاـم الماتن (قـدس سـره) هنا مضافاً إلى عـدم التئامه مع ما ذكره هو (قـدس سـره) فى المسأله الثامنه غير تامّ فى نفسه.

فالصحيح هو ما ذكرناه فى المسأله الثامنه، من تبعيه الولد لُامه مطلقاً، سواء أ كانت عالمه بالحال أو جاهله، فإنّ الولد من

نمائها، و لا دليل على نفى النسب بين الزانى و بين المولود منه شرعاً، إذ غايه ما دلّ عليه الدليل هو نفى التوارث، و من الواضح أنه لا يقتضى نفى الانتساب.

(۱) لانتساب الولد إليها شرعاً حينئذ، بلا خلاف أو إشكال، فيتبعها فى الحريه لكونها أشرف أبويه.

(۲) لعدم إمكان الاستيفاء منه فى حال الرقيه.

(۳) على ما تقدّم بيانه فى المسأله الثامنه.

(۴) لكنك قد عرفت أنه لا وجه للتفريق.

---

[۱] لم تثبت هذه القاعده فى طرف العبد، و إنّما هى ثابته من طرف الأمه، و على تقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرّد عن العقد الفاسد و الزنا المقرون به و لا دليل على هذا الفرق أصلًا، و أما إذا كان المدرك لذلك روايه العلاء بن رزين فهى ضعيفه سنداً، و لو تمّت الروايه لم يختص الحكم بصوره العلم، بل يعم صوره الجهل أيضاً مع أن الماتن (قدس سره) قد حكم فى صوره جهل المرأه بكون الولد حرّا.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۹۴

عن عقد [۱] و الزنا المقرون به مع العلم بفساده، حيث قلنا إنّ الولد لمولى العبد.

[مسأله ۱۵: إذا زنى حر بأمه، فالولد لمولاها]

[۳۸۱۵] مسأله ۱۵: إذا زنى حر بأمه، فالولد لمولاها (۱) و إن كانت هى أيضاً زانيه. و كذا لو زنى عبد بأمه الغير، فإن الولد لمولاها (۲).

[مسأله ۱۶: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده]

[۳۸۱۶] مسأله ۱۶: يجوز للمولى تحليل أمته لعبده (۳).

---

(۱) تقدّم الكلام فى هذا الفرع فى المسأله الثامنه، و قد عرفت أن عموم أدلّه حريه المتولد من حر و مملوك و إن كان يقتضى حريه الولد هذا، إلّا أن مقتضى بعض النصوص المعتبره الوارده فى خصوص هذا الفرض هو رقيته، فتكون مخصصه للعمومات لا محاله.

(۲) بلا خلاف فيه بينهم. إلّا أنه إنما يتم بناءً على ما اخترناه من كون الولد من نماءات الأُم خاصه. و أما بناء على ما ذهب إليه

المشـهور و اختاره الماتن (قـدس سـره) من كونه نماء للعبـد و الأمه، فاللازم هو الحكم بكونه مشتركاً بين موليهما، و قـد تقـدّم الكلام فيه فی المسأله الثامنه.

و كيف كان، فإجماعهم هنا على كون الولد لمولاها خاصه، خير مؤيد لما اخترناه من كونه من نماءات الأمه فقط.

(۳) على ما هو المشهور بينهم. و قد خالف فيه بعضهم مستدلًا عليه:

أوّلًا: بأن التحليل نوع من التمليک، و العبد غير قابل لأن يملک.

و ثانیاً: بصـحيحه على بن يقطين عن أبی الحسن الماضـی (عليه السـلام)، أنه سـئل عن المملوک يحـل له أن يطـأ الأـمه من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال: «لا يحلّ له» «۱».

و فی الاستدلال بهما نظر.

---

[۱] تقـدّم أنه لا فرق بينهما و أن الولـد حر على التقديرين، كما أنه تقدّم منه (قدس سـره) عدم الفرق بينهما و أن الولد رق على التقديرين فی المسأله الثامنه من هذا الفصل.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب

۳۳ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۹۵

....

أمّا الأوّل: فلأن التحلیل لیس بتملیک و لا تزویج، و إنما هو إباحه یشبه العاریه فی غیر مورد التحلیل و بذلک یکون مخصصاً لقوله تعالی «وَ الَّذِینَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ. إِلّا عَلیٰ أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَیْرُ مَلُومِینَ»* «۱».

علی أنه لا دلیل علی عدم أهلیه العبد للملک، بل الدلیل ثابت علی خلافه، غایه الأمر أنه محجور علیه، حیث لا یجوز له التصرف إلّا بإذن مولاه.

و أما الثانی، فلمعارضتها بما ورد فی تفریق المولی بین العبد و زوجته الأمه، من أنه یأمره بالاعتزال و تعتدّ من العبد، ثمّ له أن یطأها بعد ذلک إن شاء، و إن شاء ردّها إلی العبد بغیر تزویج.

کصحیحه محمد بن مسلم، قال: سألتُ أبا جعفر (علیه السلام) عن قول اللّه عزّ و جلّ «وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ النِّساءِ إِلّا ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ» قال: «هو أن یأمر الرجل عبده و تحته أمته، فیقول له: اعتزل امرأتک و لا تقربها، ثمّ یحبسها عنه حتی تحیض ثمّ یمسّها، فإذا حاضت بعد مسّه إیاها ردّها علیه بغیر نکاح» «۲». فإنها ظاهره فی کون ردّها إلیه بالتحلیل، إذ إن النکاح الأوّل قد بطل بأمره باعتزالها و الذی هو بمنزله الطلاق، و المفروض أنه لا نکاح جدید، فینحصر الأمر بالتحلیل لا محاله. و بذلک تتساقطان، و یکون المرجع بعد ذلک هو إطلاقات ما دلّ علی جواز التحلیل من غیر تقیید.

هذا و قد حمل بعض الأصحاب صحیحه علی بن یقطین علی التقیه، و هو غیر بعید، باعتبار أن العامّه لا یرون جواز التحلیل مطلقاً.

ثمّ أنّ فی المقام روایه تتضمن التفصیل بین تعیین المحلّله و عدمه، هی روایه الفضیل مولی

راشـد، قـال: قلت لأبی عبـد اللّه (علیه السـلام): لمولای فی یـدی مال، فسألته أن یحلّ لی ما اشتری من الجواری، فقال: إن کان یحلّ لی أن أحلّ لکَ فهو لکَ حلال فقال: «إن أحلّ لکَ جاریه بعینها فهی لک حلال، و إن قال: اشتر منهنّ ما شئت، فلا

---

(۱) سوره المؤمنون: ۲۳: ۵ ۶.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۵ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۹۶

و کذا یجوز أن ینکحه إیّاها (۱). و الأقوی أنه حینئذ نکاح لا تحلیل (۲). کما أن الأقوی کفایه أن یقول له: (أنکحتکَ فلانه) و لا یحتاج إلی القبول منه أو من

تطأ منهنّ شیئاً إلّا ما یأمرک، إلّا جاریه یراها فیقول: هی لک حلال. و إن کان لک أنت مال فاشتر من مالک ما بدا لک» «۱».

فربّمـا یقال: إنه وجه جمع بین صـحیحه علی بن یقطین و بین ما دلّ علی الجواز فتحمل الاولی علی عـدم التعیین، و تحمل الثانیه علی فرض تعیین المحلِّله.

إلّا أنه لا یمکن المساعـده علیه، نظراً إلی أنّ هذا الجمع بعید فی نفسه، لمخالفته لظاهر صـحیحه علی بن یقطین. مع کون الروایه ضعیفه السند و إن عبّر عنها فی بعض الکلمات بالصحیحه، فإنّ فضیل مجهول و لم یرد فیه توثیق فلا مجال للاعتماد علیها حتی و إن کـان الراوی عنه هو ابن أبی عمیر، لمـا قـد عرفت غیر مره من أنه لا مجال للقول بوثاقه کل من یروی عنه ابن أبی عمیر، فإنه غیر ثابت بل الثابت فی بعض الموارد خلافه.

(۱) بلا خلاف فیه بینهم. و تدلّ علیه جمله من النصوص المعتبره، کصحیحه علیّ ابن یقطین المتقدِّمه، حیث

إن ظاهرها المفروغيه عن جواز التزويج و مشروعيته.

(٢) و تشهد له جمله من النصوص، كصحيحه على بن يقطين المتقدِّمه. و ما ورد فى طلاق العبد، و أنه ليس له أن يطلق زوجته إذا كانت مملوكه لمولاه «٢». أو الوارده فى كيفيه نكاح المولى عبده من أمته «٣» و غيرها. فإنها بأجمعها ظاهره فى ثبوت النكاح و التزويج فى العبد على حد ثبوته فى الأحرار.

و قد ذهب بعض إلى الثانى، مستدلّاً عليه بما دلّ على جواز تفريق المولى بينهما بالأمر بالاعتزال، حيث يظهر منه أنه تحليل، إذ لو كان تزويجاً حقيقه لما ارتفع إلّا بالطّلاق.

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٣٣ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۶.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴٣.

العبد (١) لإطلاق الأخبار (٢). و لأنّ الأمر بيده، فإيجابه مغنٍ عن القبول. فإيجابه

و فيه: أن الزوجيه من الأُمور التعبديه الاعتباريه التى أمرها بيد الشارع، فلا محذور فى التعبد بارتفاعها بالأمر بالاعتزال كالطلاق.

(١) على ما تقتضيه القاعده.

إذ العقد إنما هو عباره عن ربط التزام بالتزام آخر. و هو فى غير المقام واضح حيث يعتبر الإنشاء و الإبراز من كلّ من الطرفين، لعدم كفايه مجرد الرضا القلبى فى صدق العقد، لأنه إنما يصدق فيما إذا كان كل من الالتزامين مبرزاً فى الخارج، و إلّا فلا يصدق عقد الالتزامين و ربط أحدهما بالآخر، كما هو واضح.

و أما فى المقام، فالزوجيه و إن كانت قائمه بالعبد و الأمه، إلّا أنهما لما كانا بالنظر إلى مملوكيتهما غير قادرين على شى ء بحيث لم

يكن لرضاهما أو عدمه أثر، بل أمرهما بيد المولى يتصرف كيف يشاء، فلا حاجه إلى وجود التزامين فى المقام، لأن المولى شخص واحد فيكفى التزامه خاصه.

و من هنا فيكون المقام من الإيقاع لا العقد، كى يحتاج إلى التزام آخر يرتبط مع التزامه.

و مجرّد قيام الزوجيه فى العبد و الأمه لا يعنى كونهما طرفى العقد كى يعتبر قبولهما بل الإنشاء ليس له إلّا طرف واحد هو المولى، فيكون التزامه بزوجيه العبد لها التزاماً منه بزوجيه الأمه له أيضاً، و عليه فيكتفى بمجرد إنشائه من دون حاجه إلى القبول منه أو من العبد.

(٢) كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، كيف ينكح عبده أمته؟ قال: «يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما شاء من قبله أو من مولاه، و لا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك» «١».

و صحيحته الأُخرى عنه (عليه السلام) أيضاً، فى المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمه فيريد أن يجمع بينهما، أ ينكحه نكاحاً أو يجزئه أن يقول: قد أنكحتك فلانه

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٤٣ ح ١.

....

و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال: «نعم، و لو مدّاً» و قد رأيته يعطى الدراهم «١».

و عبد اللّه بن محمد المذكور فى سند هذه الروايه و الذى يروى عنه محمّد بن يحيى هو عبد اللّه أخو محمّد بن عيسى الملقب ب (بنان) و هو ثقه، فالروايه معتبره.

و صحيحه الحلبى، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الرجل، كيف يُنكح عبده أمته؟ قال: «يقول: قد أنكحتك فلانه، و يعطيها ما

شاء من قبله أو من قبل مولاه، و لو مدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلک» «۲».

فإنّ هذه الروايات المعتبره ظاهره و واضحه الدلاله على كفايه إنشاء المولى، و من غير حاجه إلى اعتبار القبول.

هذا و قد ناقش صاحب الجواهر فى دلاله هذه الروايات بوجهين «۳»:

الأوّل: أنها وارده لبيان كيفيه قيام المولى مقام العبد فى الإنشاء، و ليس لها نظر إلى ما به تمام العقد، فلا تدلّ على كفايه إنشاء المولى خاصه فى تحقّق التزويج.

و فيه: أنه خلاف ظاهر هذه الروايات و لا سيما صحيحه محمد بن مسلم الثانيه حيث إن الظاهر منها هو كونها فى مقام بيان تمام العقد، لا خصوص قيام المولى فى الإنشاء مقام العبد.

الثانى: ما عن كشف اللِّثام من أن الاكتفاء بقوله: (أنكحتک فلانه) ليس من جهه عدم اعتبار القبول فى نكاح العبد و الأمه، بحيث يكون تخصيصاً فى أدلّه اعتبار الإيجاب و القبول فى التزويج، و إنما هو من جهه دلاله قول المولى هذا على قبوله أيضاً، فيكون إنشاؤه إيجاباً و قبولًا فى آن واحد.

و فيه: أنه إن أُريد بدلاله إنشاء المولى على القبول استكشاف رضاه من طرف الأمه أيضاً فهو تامّ، إلّا أنک قد عرفت أن مجرّد الرضا لا يكفى، بل لا بدّ من إبرازه و إنشائه. و إن أُريد به أنّ إنشاءه إنشاء من طرف العبد و الأمه معاً، فهو مما لا يمكن

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۳ ح ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۳ ح ۱.

(۳) الجواهر ۳۰: ۲۲۹ و ۲۳۰.

مغنٍ عن القبول. بل لا

يبعد أن يكون الأمر كذلك [۱] فى سائر المقامات (۱) مثل الولى و الوكيل عن الطرفين.

المساعده عليه، لأنه من استعمال اللفظ فى أكثر من معنى الإيجاب و القبول و هو و إن كان ممكناً، إلّا أنه خلاف الاستعمال العرفى بلا إشكال، بل يعد من الأغلاط.

فالصحيح هو ما اخترناه من كفايه مجرد إنشاء المولى، من غير حاجه إلى القبول منه أو من العبد.

(۱) بل هو فى غايه البعد، فإنّ الفرق بين المقام و سائر المقامات واضح.

ففى المقام حيث لا يوجد هناك التزام ينضم إلى التزام آخر، باعتبار أن طرف العقد منحصر بالمولى خاصه إذ العبد و الأمه مملوكان لا أثر لرضاهما و عدمه، يكتفى بإنشائه و لا يعتبر فى صحّته قبوله أو قبول العبد.

و هذا بخلاف سائر المقامات كالبيع و الإجاره و ما شاكلهما، حيث لا يوجد مورد يخلو من الالتزامين، فإنّ لكل من الطرفين البائع و المشترى التزاماً مستقلا عن التزام الآخر، غايه الأمر أنهما لا يقومان بأنفسهما بإبراز التزامهما، و إنما يقوم الوكيل عنهما بهذا الدور. فينشئ و به يبرز التزام موكله الأوّل البائع، ثمّ يقبل و به يبرز التزام موكله الثانى المشترى و لا يمكن له أن يبرز بإنشائه الأوّل كلا الاعتبارين و الالتزامين معاً، لأنه من استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، و هو على تقدير القول بإمكانه مخالف للسيره العرفيه فى مقام الاستعمال قطعاً، بل لا يبعد عدّه من الأغلاط.

و من هنا يظهر الحال فى الولى أيضاً، إذ الالتزام فى الحقيقه قائم بالمولى عليهما و العقد بينهما، غايه الأمر أنه حيث لا عبره بإنشائهما مباشره، يقوم الولى مقامهما فى الإبراز و الإنشاء.

فالولى إنما يلتزم من قبل المولى عليه، فى حين إن

السيد إنما يلتزم من قبل نفسه لا من قبل العبد أو الأمه.

---

[۱] بل هو بعيد.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۰۰

و كذا إذا وكّل غيره فی التزويج (۱) فيكفی قول الوكيل: أنكحت أمه موكلی لعبده فلان، أو: أنكحت عبد موكلی أمته.

و أما لو أذن للعبد و الأمه فی التزويج بينهما، فالظاهر الحاجه إلی الإيجاب و القبول (۲).

[مسأله ۱۷: إذا أراد المولی التفريق بينهما، لا حاجه إلی الطلاق]

[۳۸۱۷] مسأله ۱۷: إذا أراد المولی التفريق بينهما، لا حاجه إلی الطلاق، بل يكفی أمره إياهما بالمفارقه (۳).

فالفرق بين المقامين واضح. و معه لا مجال للتعدی عن مورد تزويج المولی أمته من عبده إلی مثل مورد الوكاله من قبل الطرفين أو الولايه عليهما، بل لا بدّ فيهما من ضم قبوله إلی إيجابه، كی يكون بذلك مبرزاً لالتزام الطرف الآخر أيضاً.

(۱) لأنّ الوكيل كالأصيل و فعله فعله، من دون فرق بين أن يكون الوكيل عبده أو أمته اللّذين يريد تزويجهما أو غيرهما، و يكون إنشاء الوكيل إنشاء للسيد، فيكتفیٰ به و لا يحتاج إلی القبول.

(۲) إذ الظاهر من هذا الإذن كونه قائماً بهما معاً، بحيث يكون كل منهما مأذوناً فيما يخصه و يرتبط به، فتكون الأمه مأذونه فی الإيجاب و العبد مأذوناً فی القبول، و من هنا فلا بدّ من صدور الصيغه منهما معاً.

و لا يقاس هذا بتوكيل السيد لشخص واحد، حيث ينزل الوكيل منزله السيد و يكتفی بإنشائه خاصه، فإن الفرق بينهما لا يكاد يخفی.

(۳) و تدلّ عليه جمله من النصوص المعتبره الداله علی أن أمره بالاعتزال طلاق للأمه:

كصحيحه محمد بن مسلم التی تقدّمت فی المسأله السابقه.

و صحيحه عبد الرحمٰن بن الحجّاج عن أبی إبراهيم (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يزوّج عبده أمته ثمّ يبدو له فينزعها

منه بطيبه نفسه، أ يكون ذلك طلاقاً من العبد؟ فقال: «نعم، لأن طلاق المولى هو طلاقها، و لا طلاق للعبد إلّا بإذن

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۰۱

و لا يبعد جواز الطّلاق أيضاً (۱) بأن يأمر عبده بطلاقها، و إن كان لا يخلو من إشكال أيضاً [۱].

مواليه» «۱».

فإنها أصرح الروايات الدالّه على أن نزع المولى للأمه و عزلها عن العبد طلاق لها.

(۱) و تفصيل الكلام أن يقال: إنّ المطلق إن كان هو المولى فلا إشكال فی صحته لأن العبد و الأمه لا يملكان من الأمر شيئاً، و إنما أمرهما بيد المولى.

و تدلّ عليه مضافا إلى إطلاقات أدله الطلاق صحيحه عبد الرحمٰن بن الحجاج المتقدّمه، و صحيحه زراره عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه (عليهما السلام)، قالا: «المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيده» قلت: فإنّ السيد كان زوّجه، بيد مَن الطّلاق؟ قال: «بيد السيد «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ» أ فشی ء الطّلاق» «۲».

فإنّ هاتين الروايتين و غيرهما تدلّان و بكلّ وضوح على أنّ أمر الطلاق إنما هو بيد المولى دون العبد.

نعم، فی قبال هذه الروايات هناك روايه قد يتوهم دلالتها على كون أمر الطلاق بيد العبد، و هی روايه محمد بن عيسى عن علی بن سليمان، قال: كتبت إليه: رجل له غلام و جاريه زوّج غلامه جاريته ثمّ وقع عليها سيِّدها، هل يجب فی ذلك شی ء؟ قال: «لا ينبغی له أن يمسّها حتى يطلقها الغلام» «۳».

إلّا أن من غير الخفی أن هذه الروايه فی نفسها، و مع قطع النظر عن معارضتها للصحاح المتضافره و الموافقه للكتاب الكريم، لا يمكن الاعتماد عليها. و ذلك فلأن عنوان الغلام

و إن كان يطلق على العبد، إلّا أن من الواضح أنه من باب التطبيق لا

---

[١] الإشكال ضعيف جدّاً.

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۶ ح ١.

(٢) الوسائل: ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدّماته و شرائطه، ب ۴۵ ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۶ ح ۵.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ١٠٢

....

الوضع، فإنّ الغلام غير موضوع للعبد بل يطلق على الشاب و الخادم أيضاً، و عليه فليس فی الروايه ظهور فی كون الزوج عبداً، و من هنا فمن الممكن حملها على كون الزوج حراً، فلا تكون هذه الروايه دالّه على خلاف ما دلّت عليه النصوص المعتبره.

على أن هذه الروايه لا- تخلو من الإشكال فی السند. و ذلک فلأن المسمى بعلی بن سليمان فی الرواه كثير، غير أنّ الثقه منهم منحصر بعلی بن سليمان الزراری الذی وثّقه النجاشی (قدس سره) «١» و أما غيره فلم يرد فيه توثيق و لا مدح، و من هنا فحيث إنّ الراوی عنه فی المقام هو محمد بن عيسى و هو من أصحاب الرضا (عليه السلام)، فمن البعيد جدّاً أن يكون علی بن سليمان هو الزراری صاحب المكاتبات و التوقيعات لاختلاف الطبقه و الفصل الزمنی الكثير.

إذن فعلی بن سليمان هنا إمّا هو ابن داود و إما هو ابن رشيد، اللّذان روى عنهما محمّد بن عيسى فی غير هذا المورد أيضاً، و حيث إنهما لم تثبت وثاقتهما، فلا مجال للاعتماد عليها من حيث السند أيضاً.

و مع التنزّل عن ذلک كله، فلا بدّ من رفع اليد عنها، لمعارضتها للنصوص الصحيحه و الموافقه للكتاب الكريم.

و كذا الحال فيما إذا وكل

المولی غیره فی الطلاق.

و إن کـان المطلق هو العبـد بـأمر المولی، فـإن کان أمره علی نحو التوکیل، فلا ینبغی الإشـکال فی صـحته، إذ المطلق حینئـذ هو المولی فی الحقیقه.

و إن کـان علی نحو إرجـاع الأمر إلیه، فربّمـا یستشـکل فی صـحته بأنّ العبـد لما کان عاجزاً و غیر قادر علی شـی ء لقوله تعالی «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ» لا ینقلب إلی القـدره بإذن المولی، فإنّ الإذن غیر قابل لجعل من لیس بقادر قادراً. نظیر ما یذکر فی إذن الولی للصبی فی المعامله، حیث أن إذنه لا یصحح المعامله.

إلّا أنه مدفوع بأنّ الآیه المبارکه ظاهره فی عدم استقلال المملوک فی شی ء، بحیث

---

(۱) رجال النجاشی: ۲۶۰ ترجمه رقم ۶۸۱.

[مسأله ۱۸: إذا زوّج عبده أمته یستحب أن یعطیها شیئاً]

[۳۸۱۸] مسأله ۱۸: إذا زوّج عبده أمته یستحب (۱) أن یعطیها شیئاً [۱] سواء ذکره فی العقد أم لا، بل هو الأحوط. و تملک الأمه ذلک، بناءً علی المختار من صحّه ملکیه المملوک إذا ملّکه مولاه أو غیره.

یکون أمره فعلًا أو ترکاً بیده، فلا تدلّ علی عجزه و عدم قدرته علی الفعل حتی مع إذن المولی.

و لو سـلمنا عمومهـا، فالروایـات الصـحیحه الـداله علی عـدم جواز نکـاح العبـد أو طلاـقه إلّـا بـإذن مولاه أو بغیر إذن مولاه علی اختلاـف التعـابیر مخصـصه لهـا، فیکون الحاصـل اختصـاص عـدم الجواز بصوره عـدم إذن المولی، کصـحیحه عبـد الرحمٰن بن الحجاج المتقدِّمه، و صـحیحه شـعیب بن یعقوب العقرقوفی عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: «لیس له طلاق و لا نکاح، أما تسمع اللّه تعالی یقول «عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ» قال: لا یقدر

على طلاق و لا نكاح إلّا بإذن مولاه» «۱».

و الحاصل أنّ عجز العبد عن الطلاق كعجزه عن النكاح، فكما لا يجوز للعبد أن يستقلّ بالنكاح، لا يجوز له أن يستقلّ بالطّلاق، بل لا بدّ من إذن المولى فيهما، فإذا أذن صحّ طلاقه كما يصح نكاحه بلا خلاف فيه و لا إشكال.

(۱) بل يجب عليه، لعدم وجود قرينه صالحه لصرف الأوامر الوارده فى المقام عن ظاهرها.

و ما ذكر في وجه الاستحباب، من التمسك بأصاله عدم الوجوب تاره، و بعدم تصور استحقاق المولى لنفسه على نفسه شيئاً باعتبار أن مهر الأمه مملوك لمولاها اخرى.

مدفوع بأنّ الأصل لا مجال للتمسك به، مع وجود النصوص الصحيحه الآمره بإعطائها شيئاً و الظاهره فى الوجوب.

---

[۱] لا يبعد وجوبه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۶۶ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۰۴

[مسأله ۱۹: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثه]

[۳۸۱۹] مسأله ۱۹: إذا مات المولى و انتقلا إلى الورثه، فلهم الأمر أيضاً بالمفارقه بدون الطّلاق (۱).

و الثانى يدفعه أنه لو تمّ فلا يختص بالوجوب، بل يجرى حتى مع القول بالاستحباب أيضاً، فإنه كما لا يمكن تصوّر وجوب المحال لا يمكن تصوّر استحبابه.

على أننا لو التزمنا بملكيه العبد أو الأمه، فلا موضوع للإشكال فى المقام، إذ المولى حينئذ لا يستحق على نفسه شيئاً، و إنما الأمه تستحق على مولاها، و تملك ما أعطاها المولى تتصرّف فيه كيف شاءت. و كذا الحال لو قلنا بعدم ملكيتها، فإنّ عدم الملكيه لا يلازم القول بعدم وجوب إعطائها شيئاً فى الخارج، بحيث يجعل بعض أمواله تحت سلطنتها تتصرف فيه باختيارها، بل من الممكن القول بعدم ملكيتها و وجوب تسليطها على بعض ماله.

إذن فليس هناك ما يوجب رفع

الید عن ظهور النصوص فی اللزوم و حملها علی الاستحباب.

و أما ما فی بعض الکلمات، من أن القائلین بالوجوب إنما ذهبوا إلیه بدعوی کون ما یعطیها المولی مهراً لها، و الحال إنه لیس فی الأخبار ظهور فیه، فیکون المدعی بلا دلیل، و الدلیل لا یساعد علی المدعی.

ففیه: إن ما نسب إلی القائل بالوجوب لم یعرف له وجه، إذ لا ملازمه بین الوجوب و بین عدم کونه مهراً، فمن الممکن القول بعدم کونه مهراً کما یساعد علیه ظاهر النصوص و الحکم بجواز تأخیره إلی بعد العقد و القول بوجوب الإعطاء. نظیر المتعه الثابته بالتزوج من دون مهر ثمّ الطلاق قبل الدخول، فإنها لازمه و الحال إنها لیست بمهر.

و بعباره اخری: إنّ مجرّد عدم دلاله الروایات علی کون المعطی لها مهراً، لا ینافی دلالتها علی وجوب الإعطاء و لزومه.

و الحاصل أنّ رفع الید عن ظهور الروایات فی الوجوب، بمجرد فتوی جماعه من الأصحاب بالاستحباب، لا وجه له.

(۱) بلا خلاف فیه. لکونه حقاً من حقوق المولی، فینتقلان إلی وارثه، باعتبار

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۰۵

و الظاهر کفایه أمر أحدهم [۱] فی ذلک (۱).

خویی، سید ابو القاسم موسوی، موسوعه الإمام الخوئی، ۳۳ جلد، مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

موسوعه الإمام الخوئی؛ ج ۳۳، ص: ۱۰۵

قیامه مقامه بما علیهما من الحق.

و تدل علیه جمله من النصوص الوارده فی أن أمر المولی بالاعتزال طلاق لها المتضمنه للتعلیل أو الاستشهاد بقوله تعالی «عَبْداً مَمْلُوکاً لٰا یَقْدِرُ عَلیٰ شَیْ ءٍ» حیث إنّ الظاهر منها أنّ الحکم إنما هو من أحکام المولویه و العبودیه، من دون وجود خصوصیّه لکونه هو المزوج لهما و عدمه. و من هنا

يثبت الحكم حتى و لو انتقلا إليه بغير الإرث، كالشراء و نحوه.

(۱) و هو لا يخلو من إشكال بل منع، لأنهم شركاء فيهما، لأنّ المالك إنما هو مجموع الورثه لا كل منهم مستقلا. و عليه فكما لا يجوز للشريك الاستقلال فى التزويج و الطّلاق اتفاقاً، لا يجوز له الأمر بالاعتزال، و لا يتحقّق بذلك لو صدر منه الطّلاق.

و بعباره اخرى نقول: إنّ الطلاق أو الأمر بالاعتزال إنما هو من صلاحيات المالك و أمره بيده، و حيث إن كل واحد من الورثه ليس هو المالك و إنما هو نصف المالك على تقدير كونهما اثنين، فليس له الطلاق أو الأمر بالاعتزال مستقلا و مع قطع النظر عن سائر الورثه.

نعم، ربّما يقال: إن أحد الورثه إذا نهى العبد عن الوطء و أمره بالاعتزال حرم عليه وطؤها بلا خلاف، لكونه أحد الشركاء، فإذا حرم عليه وطؤها انفسخت الزوجيه لا محاله للملازمه بينهما، على ما بين ذلك فى محله عند التعرض لبطلان العقد على المحارم النسبيه أو السببيه.

و فيه: أنه ليس للمولى نهى العبد عن الوطء دائماً و على الإطلاق، و إنما له النهى عن غير الوطء الواجب شرعاً، فإذا وجب عليه الوطء لمرور أربعه أشهر عن وطئه السابق، فليس له النهى و لا يجب عليه امتثاله حتى و لو كانت الأمه مملوكه له أيضاً و من الواضح أنه لا مجال لدعوى الملازمه بين النهى المؤقت و بطلان النكاح.

---

[۱] لا يخلو عن إشكال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۰۶

[مسأله ۲۰: إذا زوّج الأمه غير مولاها من حر، فأولدها جاهلًا بكونها لغيره]

[۳۸۲۰] مسأله ۲۰: إذا زوّج الأمه غير مولاها من حر، فأولدها جاهلًا بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها، و قيمه الولد (۱) و يرجع بها على ذلك

الغير [۱] (۲) لأنه كان مغروراً من قبله.

على أنه لو فرضنا أن للمولى النهى المطلق، فلا مجال للقول بإيجاب الحرمه الناشئه منه لزوال الزوجيه، باعتبار أن الحرمه التى توجب زوال الزوجيه إنما هى الحرمه الذاتيه كحرمه المحارم النسبيه مثل الأم و الأُخت، و أما الحرمه العارضيه و التى تزول بزوال العارض كالحرمه الناشئه من الحيض أو المرض فلا توجب زوالها. و حيث إن الحرمه فى المقام من هذا القبيل، لأنها عارضه نتيجه لنهى المولى و تزول برجوع المولى عنه، فلا توجب بطلان النكاح و زوال الزوجيه.

(۱) و قد تقدّم الكلام فيه مفصلًا فى المسأله الثانيه عشره من هذا الفصل.

(۲) و فيه إشكال بل منع، فإنّ قاعده الغرور لا دليل عليها.

و ما ذكره بعضهم من أنها مستفاده من النبوى «المغرور يرجع على من غره» و التى قد عمل بها المشهور فى جمله من الموارد.

ففيه: أنه لم يثبت كون الجمله المتقدِّمه روايه، ليدعى انجبار ضعفها بعمل المشهور. و على تقدير ثبوتها فلم يثبت كونها هى المستند فى عمل المشهور، على أن الانجبار بعمل المشهور غير ثابت فى نفسه.

نعم، ورد فى جمله من النصوص ضمان شاهد الزور إذا عدل عن شهادته بعد تلف المال، إذا كانت الشهاده فى غير ما يوجب الحدّ و إلّا فالاقتصاص منه.

إلّا أن هذا حكم تعبدى، و لم يظهر كون الوجه فيه هو الغرور، بل ثبوته فى غير مورد الغرور أيضاً يدل على العدم. فإنه لو رجع الشاهد عن شهادته لظهور اشتباهه و تبيّن الخطأ له، فإنه يضمن بنسبته إلى عدد الشهود المعتبر فى القضيه المال، فيما إذا

---

[۱] لا دليل عليه لأنّ قاعده الغرور غير ثابته مطلقاً، و الروايه الدالّه على ذلك ضعيفه

سنداً، بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحه الوليد عدم وجوب شی ء علیه غیر المهر.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۰۷

....

كانت الشهاده على غير ما يوجب الحدّ و إلّا فالديه، و الحال إنه ليس فيه أی غرور. فيكشف ذلك عن أن الحكم ليس من هذه الجهه، و إنما هو من جهه فرض الشارع المقدّس للشاهد هو المتلف، فيضمن و إن لم يكن هو المباشر، لأقوائيه السبب عن المباشر حينئذ.

ثمّ إنه قد يستدلّ على الحكم بروايات ثلاث:

الاولى: خبر رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) إلى أن قال-: و سألته عن البرصاء، فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فی امرأه زوّجها وليها و هی برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها، و أن المهر على الذی زوّجها، و إنما صار المهر عليه لأنه دلسها. و لو أن رجلًا تزوّج امرأه، و زوّجها إياه رجل لا يعرف دخيله أمرها، لم يكن عليه شی ء، و كان المهر يأخذه منها» «۱».

بدعوى أن المستفاد من التعليل، أعنی قوله (عليه السلام): «لأنه دلسها» عموم الحكم لجميع موارد التدليس، و عدم اختصاصه بموردها.

و فيه: أن أصل الحكم فی مورد الروايه و إن كان مسلماً لدلاله جمله من النصوص المعتبره عليه، إلّا أنه لا مجال للتعدی عن موردها إلى غيره، لقصورها دلاله و سنداً.

أمّا الأوّل: فلأن غايه ما تفيده هو الرجوع على الذی قد دلّس بالمهر خاصه، و أما الرجوع بكل ما يخسره الزوج نتيجه للزواج و التدليس فلا دلاله لها عليه، و حيث إن كلامنا فی المقام إنما هو فی قيمه الولد لا المهر، تكون الروايه أجنبيه عن محلّ الكلام و لا تصلح للاستدلال.

و أمّا الثانی: فلكونها

ضعیفه سنداً لوقوع سهل بن زیاد فی طریقه، و هو ممن لم تثبت وثاقته.

الثانیه: روایه إسماعیل بن جابر، قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل نظر إلی امرأه فأعجبته، فسأل عنها فقیل: هی ابنه فلان، فأتی أباها فقال: زوّجنی ابنتک، فزوّجه غیرها فولدت منه فعلم بها بعد أنها غیر ابنته و أنها أمه، قال: «تردّ

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب العیوب و التدلیس، ب ۲ ح ۲.

....

الولیده علی موالیها و الولد للرجل، و علی الذی زوّجه قیمه ثمن الولد یعطیه موالی الولیده، کما غرّ الرجل و خدعه» «۱».

و لا بأس بدلالتها علی المدعی. فإن قوله (علیه السلام): «کما غرّ الرجل و خدعه» بمنزله التعلیل، و کأنه (علیه السلام) قال: لأنه غارّ و خادع للرجل، فیمکن التعدی عن موردها.

إلّا أنها ضعیفه من حیث السند، لوقوع محمد بن سنان فی طریقها، و هو ممّن لم تثبت وثاقته، لتعارض الروایات الوارده فی توثیقه بما اشتمل علی ذمه و جرحه «۲».

الثالثه: صحیحه جمیل بن دراج عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، فی الرجل یشتری الجاریه من السوق فیولدها ثمّ یجی ء مستحق الجاریه، قال: «یأخذ الجاریه المستحق، و یدفع إلیه المبتاع قیمه الولد، و یرجع علی من باعه بثمن الجاریه و قیمه الولد التی أُخذت منه» «۳».

و هی و إن کانت واضحه الدلاله علی رجوع مالک الأمه علی المشتری بالجاریه و قیمه الولد و ضمان البائع لقیمه الولد، إلّا أنها وارده فی خصوص البیع، فالتعدی عن موردها یحتاج إلی الدلیل، لا سیما و إن مقتضاها رجوع المشتری علی البائع عند رجوع المالک علیه مطلقاً، حتی و لو لم یکن البائع

غارّاً له، كما لو كان البائع جاهلًا بالحال أيضاً، فمن المحتمل قوياً أن يكون ثبوت الضمان عليه من جهه ترتب يده عليها الموجب للضمان، فتكون الروايه أجنبيه عن محل الكلام، فلا بدّ من الاقتصار على موردها و لا مجال للتعدى عنه إلى غيره.

و الحاصل أنّ ما أفاده الماتن (قدس سره) من رجوع الزوج على الذى زوّجه الأمه بقيمه الولد، لا دليل عليه لعدم ثبوت قاعده الغرور مطلقاً، و ضعف الروايات التى استدلّ بها على المدعى سنداً أو دلاله.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب العيوب و التدليس، ب ۷ ح ۱.

(۲) راجع معجم رجال الحديث ۱۷: ۱۶۰.

(۳) الوسائل، ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۸۸ ح ۵.

كما أنه إذا غرّته الأمه بتدليسها و دعواها الحريه، تضمن القيمه (۱) و تتبع به بعد العتق [۱]. و كذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها.

[مسأله ۲۱: لو تزوّج أمه بين شريكين بإذنهما، ثمّ اشترى حصه أحدهما، أو بعضها]

[۳۸۲۱] مسأله ۲۱: لو تزوّج أمه بين شريكين بإذنهما، ثمّ اشترى حصه أحدهما، أو بعضها، أو بعضاً من حصه كل منهما بطل نكاحه، و لا يجوز له بعد ذلك وطؤها (۲).

---

(۱) ظهر الحال فيه مما تقدّم هنا و فى المسأله الثانيه عشره، و منه يظهر الحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك.

(۲) على ما هو المشهور شهره عظيمه، بل كاد أن يكون إجماعاً. فإنّ البضع لا يتبعّض، فلا يجوز له أن يستحلّها بالملكيه و الزوجيه، بحيث يكونان معاً سبباً لحليتها.

و يدلّ عليه قوله تعالى «وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ. إِلّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ»* «۱». فإن مقتضاها انحصار سبب جواز الوطء بأحد الأمرين التزويج أو ملك اليمين،

و قد أَضيف إليهما التحليل بمقتضى النصوص الخاصه، فتبقى الملفقه منهما خارجه عنها، لأنّها ليست بزوجيه و لا ملك يمين.

و النصوص الـدالّه على أن المولى إذا أراد أن يتزوج أمته كـان عليه أن يعتقهـا، ثمّ يتزوّجهـا بما يتّفقان عليه من المهر، أو يجعل عتقها مهرها «٢».

و موثقه سماعه الوارده فى خصوص المقام، أعنى شراء الزوج لبعض حصّه أحدهما قال: سألته عن رجلين بينهما أمه فزوّجاها من رجل، ثمّ إن الرجل اشترى بعض السهمين، فقال: «حرمت عليه باشترائه إياها، و ذلك أن بيعها طلاقها إلّا أن

---

[١] لا دليل على ذلك، و تقدّم الكلام فى نظير ذلك [فى المسأله ٣٨١٢].

---

(١) سوره المعارج ٧٠: ٢٩ ٣٠.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ١١.

....

يشتريها من جميعهم» «١».

فإنها صريحه فى عـدم جواز وطئها، لا بالزوجيه لارتفاعها، و لا بملك اليمين لعدم اسـتقلاله فى ملكيتها، و كونها مشتركه بينه و بين غيره.

و كيف كـان، فـالحكم ممـا لاـ خلاـف فيه بين الأصـحاب، إلّـا ما نسب إلى الشـيخ (قـدس سـره) من الالتزام بالجواز إذا رضـى الشريك بالعقد، و قد تبعه على ذلك القاضى «٢».

قال فى النهايه على ما حكاه عنه فى الجواهر ما لفظه: إذا تزوّج الرجل أمه بين شـريكين، ثمّ اشترى نصـيب أحدهما، حرمت عليه إلّا أن يشترى النصف الآخر، أو يرضى مالك نصفها بالعقد، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً «٣».

و الذى يظهر من عبارته (قدس سره) أن المراد بالعقد إنما هو عقد التزويج الذى كان قبل البيع.

غير أن صاحب الجواهر (قدس سـره) قد نقل عن المحقق (قدس سـره)، أن «أو» المذكور فى الجمله من غلط النساخ، و الصحيح

هو «الواو»

فيكون المراد بالعقد هو شراء الزوج للنصف الآخر «۴». لكنه (قدس سره) استبعد ذلك إلّا أنه اعتبره أقرب من الاحتمال الأوّل، نظراً إلى أن رضا الشريک بعقد التزويج لا أثر له، فإنّ الزوجيه إذا أمكن اجتماعها مع الملک فلا حاجه إلى رضاه لوقوع العقد فى وقته صحيحاً، و أما إذا لم يمكن اجتماعهما فلا أثر لرضاه، فإنه لا يجعل الممتنع ممكناً. فما ذكر لا يمكن نسبته إلى من له أدنى معرفه بالفقه، فضلًا عن شيخ الطائفه (قدس سره).

ثمّ احتمل (قدس سره) أن يكون المراد به هو عقد التحليل، فتكون الحليه من هذه الجهه «۵».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۶ ح ۲.

(۲) كتاب النكاح للشيخ الأنصارى ۲۰: ۲۳۳ طبع المؤتمر العالمى.

(۳) الجواهر ۳۰: ۲۳۹، النهايه: ۴۸۰.

(۴) الجواهر ۳۰: ۲۴۰، نكت النهايه ۲: ۳۵۰.

(۵) الجواهر ۳۰: ۲۴۰.

و كذا لو كانت لواحد و اشترى بعضها (۱).

و هل يجوز له وطؤها إذا حلّلها الشريک؟ قولان، أقواهما نعم، للنص (۲).

و على كل حال، فلو ثبت ما نسب إلى الشيخ (قدس سره) من جواز وطئه لها برضا الشريک بعقد النكاح السابق، فهو مما لا يمكن المساعده عليه، لعدم الدليل، بل لدلاله موثقه سماعه المتقدِّمه بإطلاقها على خلافه.

(۱) لما تقدّم من عدم جواز التبعيض فى البضع.

(۲) و هو صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن جاريه بين رجلين دبّراها جميعاً ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه؟ قال: «هو له حلال، و أيهما مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من قبل الذى مات و نصفها مدبّراً». قلت: أ رأيت إن أراد الباقى منهما أن يمسّها،

إله ذلک؟ قال: «لا، إلّا أن یثبت عتقها و یتزوّجها برضـی منها مثل ما أراد». قلت له: أ لیس قد صار نصـفها حراً قد ملکت نصـف رقبتهـا و النصف الآخر للبـاقی منهمـا؟ قـال: «بلی». فقلت: فـإن هی جعلت مولاهـا فی حلّ من فرجها و أحلّت له ذلک؟ قال: «لا یجوز له ذلـک». قلت: لم لا یجوز لها ذلک کما أجزت للـذی کان له نصـفها حین أحلّ فرجها لشـریکه منها؟ قال: «إنّ الحرّه لا تهب فرجها و لا تعیره و لا تحلّله، و لکن لها من نفسها یوم، و للذی دبّرها یوم، فإن أحب أن یتزوجها متعه بشی ء فی الیوم الذی تملک فیه نفسها فیتمتع منها بشی ء قل أو کثر» «۱».

و هـذه الروایه صـحیحه سـنداً و صـریحه دلاله، و قـد عمل بها جماعه من الأصـحاب فلا موجب لرفع الیـد عنها، بدعوی إعراض الأصحاب أو غیرها.

و من الممکن حمل کلام الشیخ (قدس سره) علی هذا المعنی، کما ذکره صاحب الجواهر (قدس سره).

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۴۱ ح ۱.

و کذا لا یجوز وطء من بعضه حر إذا اشتری نصیب الرقیه، لا بالعقد، و لا بالتحلیل منها (۱). نعم، لو هایأها، فالأقوی جواز التمتع بها فی الزمان الذی لها عملًا بالنص الصحیح (۲) و إن کان الأحوط خلافه.

[فصل فی الطوارئ]

اشاره

فصل فی الطوارئ و هی العتق و البیع و الطلاق.

أما العتق، فإذا أُعتقت الأمه المزوّجه کان لها فسخ نکاحها إذا کانت تحت عبد (۳).

و من هنا یظهر أنه لا مجال للتمسک بالقاعده لإثبات الحرمه، بدعوی أن الملفق من التحلیل و الملک لا یشمله شی ء من أسباب الحل

المذكوره فى الآيه و النصوص فيبقى على أصل المنع، فإنه مردود بأنّ الصحيحه مخصصه لعموم الحرمه.

(١) على ما صرحت به صحيحه محمد بن قيس المتقدِّمه.

(٢) و هو صحيح محمد بن قيس المتقدم، حيث ورد فى ذيلها التصريح بجواز التمتع بها فى اليوم الذى تملك فيه نفسها، فيتعيّن العمل بها و رفع اليد عن القاعده المقتضيه لعدم قابليه سبب الحليه للتبعيض، على ما هو ظاهر الآيه الكريمه و جمله من النصوص.

فصل فى الطوارئ

(٣) بلا خلاف و لا إشكال فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه جمله من النصوص المعتبره:

كصحيحه الحلبى، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن أمه كانت تحت عبد فأُعتقت الأمه، قال: «أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزعت نفسها منه». قال: «و ذكر أنّ بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشترتها عائشه و أعتقتها، فخيّرها رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلّم) و قال: إن شاءت أن

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١١٣

بل مطلقاً و إن كانت تحت حرّ على الأقوى [١] (١).

تقرّ عند زوجها، و إن شاءت فارقته» الحديث «١».

و صحيحه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن المملوكه تكون تحت العبد ثمّ تعتق، فقال: «تُخيّر، فإن شاءت أقامت على زوجها، و إن شاءت فارقته» «٢».

و موثقه عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «إنه كان لبريره زوج عبد، فلما اعتقت قال لها النبى (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): اختارى» «٣». و غيرها من الأخبار.

(١) و استدلّ له بجمله من النصوص تدلّ على المدعى بالصراحه أو بالإطلاق منها:

روايه أبى الصباح الكنانى عن أبى

عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «أیما امرأه أَعتقت فأمرها بیدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقته» «۴».

فإنها بإطلاقها تدلّ علی ثبوت الخیار للمعتقه، سواء أ کان زوجها عبداً أم حرّا.

و لا- تنافی بین هذه الروایه و الروایات المتقدِّمه، حیث إن تلک الروایات و إن کان موردها العبد، إلّا أنه لا دلاله فیها علی اختصاص الحکم بما إذا کان زوجها عبداً و نفی الحکم عن غیره، و تکون غایه دلالتها هو ثبوت الحکم فیما إذا کان زوجها عبداً من دون تعرض للنفی عن غیره، فلا تعارض ما دلّ علی ثبوت الخیار للمعتقه مطلقاً حتی و إن کان زوجها حرّا.

---

[۱] فیه إشکال بل منع.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۷.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۹.

(۴) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۸.

....

لکن هذه الروایه ضعیفه من حیث السند و إن عبّر عنها فی الجواهر بالصحیحه «۱» و کذا نقل فی الحدائق عن الشهید (قدس سره) فی المسالک «۲». إذ إن محمد بن الفضیل الواقع فی سندها مشترک بین الثقه و غیر الثقه، و لم یثبت کونه محمّد بن القاسم بن الفضیل الثقه، و إن أصرّ الأردبیلی (قدس سره) فی جامع الرواه علیه «۳».

و منها: روایه عبد اللّه بن بکیر، عن بعض أصحابنا، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، فی رجل حر نکح أمه مملوکه ثمّ اعتقت قبل أن یطلقها، قال: «هی

أملک ببضعها» «۴».

و هی و إن کانت صریحه فی المدعی، إلّا أنها مرسله لا مجال للاعتماد علیها.

و منها: روایه محمد بن آدم عن الرضا (علیه السلام)، أنه قال: «إذا أُعتقت الأمه و لها زوج خیّرت، إن کانت تحت عبد أو حرّ» «۵».

و هی و إن کانت صریحه فی المدعی أیضاً، إلّا أنها ضعیفه السند من جهتین، فإنها مرسله لعدم ذکر الواسطه بین الشیخ (قدس سره) و محمد بن آدم الذی هو من أصحاب الرضا (علیه السلام)، علی أن محمد بن آدم نفسه لم یثبت توثیقه.

و منها: روایه زید الشحام عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «إذا أُعتقت الأمه و لها زوج، خیّرت، إن کانت تحت عبد أو حرّ» «۶».

و هی ضعیفه السند من جهه أن أبا جمیله المفضل بن صالح ممن ضعّفه النجاشی «۷» فلا مجال للاعتماد علیها.

---

(۱) الجواهر ۳۰: ۲۴۴.

(۲) الحدائق ۲۴: ۲۴۹، مسالک الافهام ۸: ۳۳.

(۳) جامع الرواه ۲: ۱۷۷.

(۴) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۱۱.

(۵) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۱۲.

(۶) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۲ ح ۱۳.

(۷) رجال النجاشی: ۱۲۸، (۳۳۲) فی ترجمه جابر بن یزید.

....

إذن فجمیع الروایات الدالّه علی ثبوت الخیار للمعتقه فیما إذا کان زوجها حرّا ضعیفه السند، و لا مجال للاعتماد علیها.

و من هنـا فيتعيّن الاقتصـار فى الحكم بثبوت الخيـار على خصوص مورد الروايـات المعتبره، أعنى مـا لو كـان زوجهـا عبـداً، فإن التعدى عنه يحتاج إلى الدليل و هو مفقود كما عرفت، و مقتضى إطلاقات أدلّه نفوذ العقد

و الإمضاء هو بقاء الزوجيه و عدم ثبوت الخيار عند عتقها فيما إذا كان زوجها حراً.

و الحاصل أن ما ذهب إليه الماتن (قدس سره) و غيره، من عموم الحكم لما إذا كان زوجها حراً، مشكل جدّاً بل ممنوع.

ثمّ هل يثبت الخيار لها لو أعتقت هى و زوجها معاً، أم لا؟

الظاهر هو الثبوت. و ذلک لأن القاعده و إن كانت تقتضى عدم الخيار لها، باعتبار أنه ليس فى المقام زمان تكون الزوجه فيه حرّه و الزوج عبداً، فإنهما يعتقان فى زمان واحد و يتصفان معاً بالحريه، و من هنا فلا تشمله نصوص الخيار لاختصاصها على ما عرفت بما إذا أُعتقت الزوجه و كان الزوج عبداً، و هو غير صادق فى المقام.

إلّا أن صحيحه عبد اللّه بن سنان دالّه على ثبوت الخيار لها فى الفرض، قال: سمعت أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول: «إذا أعتقت مملوكيک رجلًا و امرأته فليس بينهما نكاح» و قال: «إن أحبّت أن يكون زوجها كان ذلک بصداق» «۱».

فإنها دالّه على ثبوت الخيار للأمه المعتقه حتى و لو أُعتق زوجها معها، فمن هنا فلا محيص عن رفع اليد عن القاعده و الالتزام بما تضمّنه النص الصحيح.

نعم، أورد صاحب الحدائق على الاستدلال بهذا النص، بأنه دال على بطلان النكاح بينهما عند انعتاقهما معاً و ارتفاع الزوجيه قهراً «۲».

إلّا أنه مدفوع بالقطع بعدم بطلان الزوجيه فى الفرض، فإنه لا يخلو إما من الإلحاق بصوره كون الزوج حين عتقها عبداً، و أما بالإلحاق بصوره كونه حراً.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۵۳ ح ۱.

(۲) الحدائق ۲۴: ۲۵۴.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۱۶

....

فيثبت لها الخيار فى الأوّل إجماعاً، و فى

الثانى على ما ذهب إليه المشهور و على ما اخترناه فلا خيار لها. و أما الحكم بالبطلان قهراً فلا وجه له و لم ينسب القول به إلى أحد، و مجرد التعبير بأنه «ليس بينهما نكاح» لا يقتضى ذلك. فإنه قد ورد نظير ذلك فى تأخير المشترى للثمن، حيث ذكر (عليه السلام) أنه لا بيع بينهما «١» و الحال أنه لم يحتمل أحد الحكم بالبطلان، و إنما التزموا بثبوت الخيار للبائع خاصه.

و الحاصل أنه لا بدّ من حمل التعبير فى الصحيحه ب «فليس بينهما نكاح» على نفى لزوم العقد السابق و ثبوت الخيار لها، دون بطلان أصل العقد.

و يدلّ على ما ذكرناه أمران:

الأوّل: قوله (عليه السلام): «إن أحبت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق». فإنه ظاهر فى ثبوت الخيار لها، و إلّا فلو كان النكاح باطلًا لم تكن محبتها خاصه كافيه فى ثبوت الجواز، بل كان ينبغى تعليق الحكم على محبتهما معاً و التراضى من الطرفين فكفايه محبتها خاصّه إنما تكشف عن كون المراد بقوله (عليه السلام): «ليس بينهما نكاح» هو نفى اللّزوم و ثبوت الخيار لها.

الثانى: ذيل الحديث، حيث ورد فيه: قال: سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثمّ يعتقها، تخيّر فيه أم لا؟ قال: «نعم، تخيّر فيه إذا أُعتقت» «٢».

فإنّ سؤال ابن سنان عن عتقها وحدها بعد سماعه لحكم عتقهما معاً، شاهد على فهمه لثبوت الخيار لها عند عتقهما معاً، بحيث كان السؤال الثانى عن اختصاص الحكم بصوره عتقهما معاً أو عمومه لعتقها خاصه أيضاً.

ثمّ لو شرط المولى عليها عدم فسخ النكاح بعد عتقها، فلا شك و لا إشكال فى نفوذه، لكونه أمراً سائغاً فيشمله عموم ما دلّ على لزوم الوفاء بالشرط، بلا فرق

بين أن يكون الاشتراط فى ضمن العتق أو فى ضمن عقد لازم غيره، و سيأتى من المصنف (قدس سره) التعرض له فى المسأله العاشره من هذا الفصل.

---

(١) الوسائل، ج ١٨ كتاب التجاره، أبواب الخيار، ب ٩.

(٢) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ٥٢ ح ١.

و الظاهر عدم الفرق بين النِّكاح الدائم و المنقطع (١). نعم، الحكم مخصوص بما إذا أُعتق كلّها، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى (٢). نعم، إذا أُعتق البعض

نعم، لو اشترط عليها أن لا يكون لها خيار، فقد يقال بالبطلان، لكونه شرطاً على خلاف السنّه و شرط اللّه قبل شرطهم.

إلّا أنه مدفوع بأنّ صحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، و كانت لأبيه امرأه مكاتبه قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لك أن أُعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار على أبى إذا أنت ملكت نفسك؟ قالت: نعم، فأعطاها فى مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك، قال: «لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم» «١» دالّه صريحاً على الجواز.

فينكشف من ذلك أنّ سلب الخيار عنها ليس من الحكم المخالف لحكم اللّه على الإطلاق، و إنما هو مخالف فى خصوص فرض عدم اشتراطه فى ضمن العقد. نظير اشتراط الإرث فى عقد المتعه و نذر الإحرام قبل الميقات، فإنه بأدلّه جوازه بالاشتراط أو النذر يفهم أن عدم مشروعيته مختص من الأوّل بصوره عدم الاشتراط أو النذر و إلّا فمع الاشتراط أو النذر فمشروع من الأوّل.

و حيث

إنّ الروايه صحيحه من حيث السند و واضحه دلاله، فلا محيص عن العمل بها و الحكم بمقتضاها، و إن كان مقتضى القاعده هو البطلان.

(۱) لإطلاق الأدله، حيث لم يرد فى شى ء منها التقييد بالدوام، فما عن بعضهم من القول باختصاص الحكم به لا وجه له، لا سيما مع التعبير فى صحيحه الحلبى بأن «أمرها بيدها».

(۲) فإنّ موضوع النصوص هو الأمه المعتقه و هو غير صادق على المبعضه، لأنها مملوكه فى الجمله. بل إن قوله (عليه السلام): «أمرها بيدها» يدلّ على اختصاص الحكم بالتى قد أُعتق كلها، باعتبار أن أمر المبعضه ليس بيدها، كما هو واضح.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۳ كتاب التدبير و المكاتبه، أبواب المكاتبه، ب ۱۱ ح ۱.

الآخر أيضاً و لو بعد مدّه، كان لها الخيار (۱).

[مسأله ۱: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر]

[۳۸۲۲] مسأله ۱: إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر (۲). و هل لمولاها، أو لها؟ تابع للجعل فى العقد، فإن جعل لها فلها و إلّا فله (۳). و لمولاها فى الصوره الأُولى تملّكه كما فى سائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكه، بناءً على القول بالملكيه، لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها، و أما بعد انعتاقها فليس له ذلك (۴).

و إن كان قبل الدخول، ففى سقوطه، أو سقوط نصفه، أو عدم سقوطه أصلًا وجوه، أقواها الأخير (۵)

---

(۱) لشمول النصوص لها، فإن أمرها بعد انعتاق البعض الآخر بيدها.

(۲) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و تدلّ عليه جمله من النصوص المعتبره.

(۳) و قد تقدّم الحديث فيه مفصلًا فى المسأله الرابعه و الخامسه من الفصل المتقدِّم فراجع.

(۴) فإنّ سلطانه على مالها إنما يختص بما إذا كانت مملوكه له، فإذا خرجت عن ملكه فليس

له سلطان عليها أو على أموالها، كما هو واضح.

(۵) و قد تقدّم الكلام فى نظير هذا الفرع فى المسأله السابعه من الفصل السابق، فيما إذا ملكت المرأه زوجها قبل الدخول بها. و قد عرفت أن القول بسقوط المهر كلّاً لا وجه له، إذ لا دليل على كون المانع الطارئ من الملك فسخاً للعقد، بحيث يرتفع من الأوّل و يفرض كأن لم يكن. كما لا دليل على التنصيف و سقوط نصف المهر، فإن الزوجه بمجرد العقد تملك تمام المهر، و سقوط النصف فى الطلاق كان للدليل الخاص فالتعدى عنه إلى غيره من موارد ارتفاع الزوجيه لا وجه له و قياس محض.

و هذا الكلام بعينه يجرى فى المقام، فإنه لا دليل على كون بطلان الزوجيه بنزع الأمه نفسها منه فسخاً للعقد كى يبطل أصل المهر، و دليل التنصيف مختص بالطلاق و لا مجال للتعدى عنه. فمن هنا يكون الصحيح هو ما اختاره الماتن (قدس سره)، من ثبوت تمام المهر و عدم سقوط شى ء منه على الإطلاق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۱۹

و إن كان مقتضى الفسخ الأوّل (۱) و ذلك لعدم معلوميه كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقه، و القياس على الطّلاق فى ثبوت النصف، لا وجه له.

[مسأله ۲: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده]

[۳۸۲۳] مسأله ۲: إذا كان العتق قبل الدخول و الفسخ بعده، فإن كان المهر جعل لها فلها.

و إن جعل للمولى، أو أطلق، ففى كونه لها أو له قولان، أقواهما الثانى، لأنه ثابت بالعقد (۲) و إن كان يستقر بالدخول، و المفروض أنها كانت أمه حين العقد (۳).

[مسأله ۳: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر]

[۳۸۲۴] مسأله ۳: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عيّن فى العقد (۴).

و إن كان بتفويض البضع، فإن كان الانعتاق بعد الدخول و بعد التعيين [۱] (۵)

---

(۱) فى غير العنن، و أما فيه فقد دلّ الدليل الخاصّ على ثبوت نصف المهر، خلافاً لما تقتضيه القاعده.

(۲) على الأصح، كما تقتضيه جمله من النصوص.

(۳) فيكون المهر للمولى لا محاله. نعم، إذا قلنا أنّ المهر إنما يثبت بالدخول كان المهر لها قهراً، لأن المولى قبل الدخول لم يكن مالكاً لشى ء، و حين الدخول فهى حرّه تملك ما يثبت به، إلّا أن هذا المبنى لا يمكن المساعده عليه بوجه.

(۴) فإن جعل المهر لها كان لها، و إن جعل للمولى أو أطلق فهو له.

(۵) الظاهر أن «الواو» من غلط النساخ أو سهو القلم، و الصحيح هو «أو» حيث يكفى كل من الدخول أو التعيين فى ثبوت حكم المهر المعيّن فى أصل العقد للمقام.

---

[۱] لا ـ يبعد أن يكون المراد أحدهما بمعنى أنه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۲۰

فحاله حال ما إذا عيّن حال العقد (۱). و إن كان قبل الدخول، فالظاهر أن المهر لها (۲) لأنه يثبت حينئذ بالدخول، و المفروض حريتها حينه.

[مسأله ۴: إذا كان العتق فى العدّه الرجعيه، فالظاهر أن الخيار باق]

[۳۸۲۵] مسأله ۴: إذا كان العتق فى العدّه الرجعيه، فالظاهر أن الخيار باق (۳) فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، و إن اختارت البقاء بقى له حق الرجوع. ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العدّه، بل يكفيها عدّه واحده (۴)

---

(۱) بلا خلاف فيه، فيكون المهر لها أو له على اختلاف الجعل فى العقد.

(۲)

فيما إذا تحقق الدخول بعد الانعتاق و قبل الفراق.

و أما إذا لم يتحقق الدخول بعد الانعتاق، فلا شى ء على الزوج لها و لا للسيد، لأن التعيين لم يحصل بحسب الفرض و الدخول لم يتحقق، و المهر إما يثبت بالتعيين أو الدخول، فإذا لم يتحققا كان حكم النزع حكم الفسخ فى عدم ثبوت شى ء بالمرّه.

(٣) و هو بناءً على ما اخترناه، من كون المطلقه رجعيه زوجه حقيقه حيث إنها لا- ترتفع إلّا بالطلاق و انقضاء العده، نظير باب السلم حيث لا يحصل الملك إلّا بالعقد و القبض، واضح.

و أما بناءً على ما ذهب إليه المشهور، فللإجماع على ثبوت جميع أحكام الزوجه لها، أو للأولويه القطعيه على ما ذكر فى بعض الكلمات، فإن الزوجه المعتقه إذا جاز لها فسخ نكاحها المستقر، جاز لها فسخ نكاحها المتزلزل بطريق أولى.

(۴) الظاهر أن المراد من العباره ليس هو تعدّد العدّه و من ثمّ تداخلهما بحيث تصبحان عدّه واحده، و إنما هو ثبوت عدّه واحده لها هى عدّه الطلاق خاصه، غايه الأمر أنها تنقلب من عدّه الأمه إلى عدّه الحرّه.

و الوجه فيما ذكرناه عدم الدليل على ثبوت العدّه للفسخ إذا كان فى أثناء العدّه و حينئذ فلا وجه لتعدّد العدّه كى يبحث فى تداخلهما و عدمه، و إنما السبب منحصر فى الطلاق فتثبت عدّه واحده خاصه.

و ذلك لأن ثبوت العدّه، إما من جهه الدخول و التقاء الختانين على ما دلّ عليه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۲۱

و لكن عليها تتميمها عدّه الحرّه (۱).

و إن كانت العدّه بائنه فلا خيار لها، على الأقوى (۲).

النص الصحيح مطلقاً حتى و لو كان الوطء شبهه، و إما من جهه خصوص ما ورد فى الفسخ

بـالعيب بعـد دخوله بهـا مع عـدم علمه بـالعيب. و الأوّل لا يقتضـى إلّا العـدّه الأولى، فإنّ الزوجه تعتـدّ من دخول الزوج، و هو لا يوجب إلّا عدّه واحده هى التى بدأتها عند الطلاق. و أما الثانى فهو لا يقتضـى ثبوت عدّه اخرى، نظراً إلى أن موردها هو الفسـخ و هى زوجه غير معتدّه، فلا تشمل المقام أعنى الفسخ و هى فى أثناء عدّه الطّلاق.

و من هنا فلا يبقى دليل على ثبوت عده ثانيه، كى يبحث فى تداخلهما و عدمه.

(۱) لما دلّ على أن المطلقه رجعيه إذا أُعتقت أثناء عدّتها، انقلبت عدّتها عدّه حرّه «۱».

و هـذه النصوص و إن لم تكن تشـتمل على التصـريح بكون العـده التى أُعتقت الأمه فيهـا عـده رجعيه، إلّا أن القرينه قائمه على إرادتها.

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه و لا خلاف فيه.

(۲) و ظاهره وجود قول بثبوت الخيار لها فى الفرض. إلّا أنّ الأمر ليس كـذلك حيث لا قائل بثبوت الخيار لها فى الفرض مطلقاً، بـل لا ـ وجه متحصـل للقول بثبوته. فـإنه إنمـا يفيـد اختيـار المرأه فى بقائهـا على الزوجيه، أو نزع نفسـها منه، و الأوّل لا معنى له، لفرض انفصالها عنه بالطلاق البائن. و الثانى تحصيل للحاصل.

و الظاهر أن قوله (قدس سره): على الأقوى، من سهو قلمه الشريف.

و كيف كان، فعدم ثبوت الخيار لها عند عتقها و فسـخها للزوجيه فى فتره العده البائنه، ممّا لا خلاف فيه و لا إشـكال، بل أرسـله صاحب الجواهر (قدس سره) إرسال المسلّمات «۲».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب العدد، ب ۵۰.

(۲) الجواهر ۳۰: ۲۴۷.

[مسأله ۵: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم]

[۳۸۲۶] مسأله ۵: لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم (۱).

[مسأله ۶: الخيار على الفور على الأحوط]

[۳۸۲۷] مسأله ۶: الخيار على الفور على الأحوط [۱] (۲) فوراً عرفيّاً. نعم لو كانت جاهله بالعتق، أو بالخيار، أو بالفوريه، جاز لها الفسخ بعد العلم، و لا يضرّه التأخير حينئذ.

[مسأله ۷: إن كانت صبيّه أو مجنونه، فالأقوى أنّ وليّها يتولّى خيارها]

[۳۸۲۸] مسأله ۷: إن كانت صبيّه أو مجنونه، فالأقوى أنّ وليّها يتولّى خيارها (۳).

---

(۱) بلا خلاف فيه بيننا. فإنه من حقوقها، نظير اعتبار إذنها فى التزويج من بنت أخيها أو أُختها، و لا دخل للحاكم فيه. نعم، نسب ذلك إلى بعض الشافعيه، لكن وجهه غير واضح.

(۲) لشبهه الإجماع على الفوريه، على ما ادعى فى بعض الكلمات.

لكن الأظهر عدم الاعتبار، و ذلك لا للتمسك باستصحاب حكم المخصص الزمانى فى الأزمنه المتأخِّره، فيما إذا لم يكن للدليل الأوّل عموم أو إطلاق من حيث الزمان بل للتمسّك بعموم المخصّص أعنى قوله (عليه السلام): «أمرها بيدها» فى الزمان المشكوك، فإنه مقدّم على عموم الدليل الأوّل، فيعمل به من دون أن يكون هناك مجال للتمسك بالاستصحاب، كما هو واضح.

إذن فإن ثبت هناك إجماع تعبدى على الفوريه فهو لكنه فى حيز المنع جدّاً و إلّا فالمتعيِّن هو الرجوع إلى عموم المخصص أو إطلاقه، و مقتضاه ثبوت الخيار لها مطلقاً و من غير تقييد بالزمان الأوّل.

(۳) خلافاً لما يظهر من جماعه من الأصحاب، بل يظهر من كلمات بعضهم أنه لا خلاف فى عدم ثبوت الخيار للولى.

و كيف كان، فالذى ينبغى أن يقال فى المقام: هو التفصيل بين ما إذا لم يترتب على عدم الفسخ مفسده أو فوات مصلحه لها، و بين ما إذا ترتب على ذلك فوات مصلحه أو مفسده.

---

[۱] و إن كان الأظهر عدم فوريّته.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۲۳

[مسأله ۸: لا يجب على الزوج أعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم]

[۳۸۲۹] مسأله ۸: لا يجب على الزوج أعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها (۱).

ففى الصوره الاولى، لا يثبت خيار للولى، كما لو كان جنون الزوجه أدوارياً و كان زمان إفاقتها قريباً، أو كانت

الصبیه قریبه البلوغ، فإنه لا بدّ من انتظار رشدها أو بلوغها من دون أن یکون لولیها الخیار، لعدم الدلیل علی ذلک، لأن الولی إنما جعل ولیاً للتحفظ علی مصالح المولی علیه و دفع المفاسد عنه، فإذا فرض عدمهما فلا وجه لإثبات الولایه علیها فی المقام.

و الظاهر أن الماتن و کلّ من حکم بثبوت الولایه علیها فی المقام غیر ناظر إلی هذه الصوره.

و أما الصوره الثانیه، فالأقوی فیها ثبوت الولایه له.

و الوجه فی ذلک أنه و إن لم یرد نصّ یدلّ علی ثبوت الولایه فی المقام بخصوصه، إلّا أن حق المسلم فی ماله و دمه و عرضه لما کان محترماً، إذ «لا تبطل حقوق المسلمین فیما بینهم» علی ما فی صحیحه یزید الکناسی «۱» و «لا یصلح ذهاب حق أحد» علی ما فی صحیحه الحلبی «۲» کان لا بدّ من تدارکها. و حیث إن من الواضح أن الحق العرضی لا یقلّ حرمه عن الحق المالی و قد ورد فیه أن حرمه مال المسلم کحرمه دمه فلا بدّ من احترامه، و لما کان صاحب الحق عاجزاً عن استیفائه و غیر قادر علیه لصغر أو جنون، کان من مقتضی طبیعه الحال انتقاله إلی الولی خاصه إذ لیس لکل مسلم القیام بتحصیله، بلا خلاف.

و الحاصل أنه و إن لم یرد فی هذه الصّوره نصّ خاص یدلّ علی ثبوت الولایه لولیها، إلّا أن فی الأدلّه العامّه ما یکفی.

(۱) لعدم الدلیل علی الوجوب، فیکون مقتضی الأصل هو العدم.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۸ کتاب الحدود، أبواب مقدمات الحدود، ب ۶ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۷ کتاب الشهادات، ب ۴۰ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۲۴

[مسأله ۹: ظاهر المشهور عدم الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها]

[۳۸۳۰] مسأله ۹: ظاهر المشهور عدم

الفرق فی ثبوت الخیار لها بین أن یکون هو المباشر لتزویجها، أو آذنها فاختارت هی زوجاً برضاها. و لکن یمکن دعوی انصراف الأخبار [۱] إلی صوره مباشره المولی بلا اختیار منها (۱).

[مسأله ۱۰: لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها، فالظاهر صحّته]

[۳۸۳۱] مسأله ۱۰: لو شرط مولاها فی العتق عدم فسخها، فالظاهر صحّته [۲] (۲).

---

(۱) و لم یعلم وجه لهذا الانصراف. فإنّ المذکور فی بعض روایات المقام و إن کانت الأمه المزوجه من قبل المولی، إلّا أن الموضوع فی جمله منها هو الأمه المزوجه من دون تعیین لمن هو المزوج لها، و قد حکم الإمام (علیه السلام) فیها بثبوت الخیار لها بعنوان أن أمرها أصبح بیدها، و من الواضح أنه صادق فی فرض تزویجها هی، علی حد صدقه فی فرض تزویج المولی لها.

ثمّ لو سلم الانصراف، فلا یخفی أنه بدوی لا یلتفت إلیه.

إذن فالصحیح هو ما اختاره المشهور من عدم الفرق بین الفرضین.

(۲) تقدّم الکلام فیه فی ذیل التعلیقه الثانیه من هذا الفصل، و قد عرفت أن الشرط سواء أ کان شرط فعل أم کان شرط نتیجه نافذ و صحیح، فلا یجوز لها الفسخ بعد ذلک.

نعم، لو کان الشرط شرط عدم الفسخ و خالفت الشرط و ارتکبت محرماً نفذ فسخها، باعتبار أن الاشتراط لا یوجب سلب القدره علی الفعل، و إنما یوجب لزوم الوفاء به تکلیفاً خاصه.

ثمّ هل یعتبر رضا الأمه بالشرط، أم لا؟

فیه خلاف، منشأه الاختلاف فی جواز جعل المولی ذمّه مملوکه مشغوله بشی ء

---

[۱] لا وجه لهذه الدعوی.

[۲] هذا الشرط و إن کان صحیحاً و یجب علیها العمل به إلّا أنها إذا فسخت کان فسخها مؤثراً و موجباً لبطلان العقد.

[مسأله ۱۱: لو أُعتق العبد لا خیار له]

[۳۸۳۲] مسأله ۱۱: لو أُعتق العبد لا خیار له (۱)

يتبع به بعـد العتق، كأن يسـتدين على ذمّه العبد، و قد تقدّم الكلام فى هذا الفرع و قد عرفت أنه ليس للمولى مثل هذه الولايه، و إنما له التصرف

فی نفس المملوک أو ما یتعلق به من المنافع خاصه.

و علیه فمقتضی القاعده فی المقام، هو اعتبار رضا الأمه بالشرط کی تدخل بذلک تحت عموم «المؤمنون عند شروطهم» فیصبح الشرط لازماً.

نعم، نسب إلی العلامه (قدس سره) التفصیل بین اشتراط الخدمه و غیرها، فاعتبر رضا المملوک فی الثانی دون الأوّل «۱». و هو متین، فإن العتق مع اشتراط الخدمه یکون من عتق العین مسلوبه المنفعه، فإنّ کلّاً منهما مملوک له فلا یعتبر رضاه بالشرط، نظیر وقف العین مسلوبه المنفعه، و هذا بخلاف اشتراط غیرها کالمال حیث لا یکون مملوکاً له.

هذا و یدلّنا علی عدم اعتبار رضا المملوک فی اشتراط الخدمه علیه، صحیحه أبان ابن عثمان عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل قال: غلامی حرّ و علیه عماله کذا و کذا سنه؟ قال: «هو حر و علیه العماله». قلت: إن ابن أبی لیلی یزعم أنه حر و لیس علیه شی ء، قال: «کذب، إن علیاً (علیه السلام) أعتق أبا نیزر و عیاضاً و رباحاً و علیهم عماله کذا و کذا سنه، و لهم رزقهم و کسوتهم بالمعروف فی تلک السنین» «۲».

فإنها مطلقه من حیث جعل المولی الخدمه علیه و من دون تقیید برضا المملوک فتکون دلیلًا علی ما ذکرناه.

(۱) لفقدان الدلیل. علی أنه لم یفت من العبد شی ء، حیث إنه إذا لم یرض ببقاء الأمه زوجه له فله التخلص بالطلاق، من دون أن یتوقف دفع مذمّه کون زوجته أمه

---

(۱) جامع المقاصد فی شرح القواعد ۱۳: ۱۰۱ و ۱۰۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۳ کتاب العتق، ب ۱۰ ح ۳، عن أبان، عن أبی العباس، و کذا فی التهذیب ۸: ۲۳۸/ ۸۵۷، و الفقیه ۳: ۷۵/

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۲۶

و لا لزوجته (۱).

[مسأله ۱۲: لو كان عند العبد حرّه و أمتان، فأُعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار]

[۳۸۳۳] مسأله ۱۲: لو كان عنـد العبـد حرّه و أمتان، فأُعتقت إحـدى الأمتين، فهل لها الخيار أوْ لا؟ وجهان [۱] (۲). و على الأوّل إن اختارت البقاء، فهل

على ثبوت الخيار له و الفسخ.

و ما نسب إلى بعضهم من القول بثبوت الخيار له، فيما إذا استمرت الكراهه إلى حاله الاختيار.

مـدفوع بأن الإكراه فی زمن العبوديه لا يقتضـی الفساد لأنه إكراه بالحق لا الباطل و الإكراه فی زمن الحريه لو تحقق فهو يقتضـی البطلان لا الخيار.

(۱) فإن الأمر فيها أوضح إذ لم يفت عليها شی ء، بل زيد فی مقامها و شرفها حيث أصبحت زوجه للحر.

هذا مضافاً إلى دلاله معتبره أبی بصـير عن أبی عبد اللّه (عليه السـلام)، فی العبد يتزوج الحرّه ثمّ يعتق فيصيب فاحشه، قال: فقال: «لاـ يرجم حتى يواقع الحرّه بعـد مـا يعتق». قلت: فللحرّه الخيـار عليه إذا أُعتق؟ قـال: «لاـ قـد رضـيت به و هو مملوك، فهو على نكاحه الأوّل» «۱».

و روايه على بن حنظله عن أبی عبـد اللّه (عليه السـلام)، فی رجل زوّج أُم ولد له من عبد فأُعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: «لا، قد تزوجته عبداً و رضيت به، فهو حين صار حراً أحق أن ترضى به» «۲».

و كيف كان، فالحكم مما لا خلاف فيه.

(۲) أظهرهما الأوّل لعموم أدلّه الخيار، على ما اعترف به (قـدس سره) فی المسأله الثانيه من فصل عـدم جواز الزياده على الأربع فی العقد الدائم.

---

[۱] الأـظهر هو الوجه الأـوّل، و عليه فـإن اختـارت الفسـخ بطـل نكاحهـا فحسب، و إن اختـارت البقـاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعه كما مرّ نظيره سابقاً.

(١) الوسائل، ج

۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۴ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۵۴ ح ۲.

یثبت للزوج التخییر أو یبطل نکاحها؟ وجهان (۱). و کذا إذا کان عنده ثلاث [۱] (۲) أو أربع إماء [۲]، فأُعتقت إحداها (۳). و لو أعتق فی هذا الفرض

---

(۱) أما احتمال البطلان، فهو ضعیف جدّاً و لا وجه له بعد الحکم بصحته، إذ الممنوع إنما هو الجمع بینهنّ لا التزوج بکل واحده منهنّ علی حده. و أما احتمال التخییر، فقد عرفت فیما تقدّم أن دلیله یختص بإسلام المجوسی علی سبع زوجات، و لا مجال للتعدِّی عنه. فمن هنا فلا محیص عن الالتزام بالقرعه، فإنها لکل أمر مشکل و المقام منه.

و لا یقاس ذلک بالتزویج بالأُختین أو حرّتین و أمه فی زمان واحد، حیث یحکم فیه بالبطلان، فإن مقتضی الصحّه فی المثالین من الأوّل قاصر، بخلاف المقام حیث لا مانع من زوجیه کل واحده منهنّ مستقلا، و إنما المانع فی الجمع بینهن خاصه.

(۲) و ذکره من سهو القلم، حیث لا مانع من الجمع بین الحرّه و الأمتین، و یحتمل أن یکون فی العباره سقط، و یکون الصحیح: فأعتقت اثنتان منهن، کما ذکره (قدس سره) فی المسأله الثانیه من فصل عدم جواز الزیاده علی الأربع فی العقد الدائم. و حینئذ فیکون المثال من مصادیق المقام، حیث إنه إذا أُعتقت اثنتان من الإماء الثلاث کان من الجمع بین حرتین و أمه و هو غیر جائز علی ما تقدّم، أو أُعتقت أمه من الأربع حیث یکون من الجمع بین الحرّه و ثلاث إماء.

(۳) احتمال البطلان فی المقام، منافٍ

لما ذكره (قدس سره) فى المسأله الثانيه من فصل عدم جواز الزياده على الأربع فى العقد الدائم، حيث بنى فيها على عموم أدله الخيار لها، و احتمل فيها القرعه، و قد عرفت أن القول بها هو المتعين و الصحيح، لاحتياج التعدى عن مورد النص الدالّ على التخيير إلى غيره إلى الدليل، و هو مفقود.

---

[۱] هذا من سهو القلم، فإنه إذا أعتقت واحده منها فلا مانع من الجمع بينها و بين الأمتين الباقيتين حيث إنه من الجمع بين حرّه و أمتين.

[۲] يظهر حكم ذلك ممّا تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۲۸

جميعهنّ دفعه، ففى كون الزوج مخيّراً و بعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأوّل للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع، وجوه [۱] (۱). و لا الإيجاب و القبول الفعليين.

[فصل فى العقد و أحكامه]

اشاره

فصل فى العقد و أحكامه

[مسأله ۱: يشترط فى النكاح الصيغه]

[۳۸۳۴] مسأله ۱: يشترط فى النكاح الصيغه، بمعنى الإيجاب و القبول اللّفظيين (۲) فلا يكفى التراضى الباطنى، و لا الإيجاب و القبول الفعليين. و أن يكون

---

(۱) ظهر الحال فيه مما تقدّم.

فصل فى العقد و أحكامه

(۲) و هو مما لا خلاف فيه، بل عليه إجماع علماء المسلمين على ما فى كلمات بعضهم.

---

[۱] قد عرفت أن الأظهر هو ثبوت الخيار لهنّ جميعاً، فإن اخترن البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعه، و إن اخترن الفسخ بطل

نكاحهنّ جميعاً، و بذلك يظهر حال التبعيض.

تتمّه: إنّ الماتن (قدس سره) لم يتعرّض لحكم البيع و الطّلاق، فالمناسب أن نتعرّض له فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجه كان ذلك طلاقاً سواء كان زوجها حرّا أم كان عبداً و لكن يتخيّر المشترى بين إمضاء عقد النكاح و فسخه، و المشهور على أنّ خياره فورى و فيه إشكال بل منع، نعم إذا أمضى المشترى العقد و لم يفسخه سقط خياره و ليس له الفسخ بعد ذلك، و كذلك العبد المزوّج من أمته، فإذا بيع كان ذلك طلاق زوجته و كان للمشترى الخيار و أمّا لو كانت زوجته حرّه فبيع فالمشهور أنّ بيعه أيضاً طلاق زوجته إلّا أنه لا يخلو عن إشكال بل منع، و إذا زوّج المولى عبده من أمته كان الطّلاق بيد المولى، بل له أن يفرّق بينهما بلا طلاق كما مرّ، و أمّا إذا زوّجه من أمه لغيره أو حرّه أو تزوّج العبد بإذنه فالطّلاق بيد العبد و ليس للمولى إجباره على الطّلاق، و لو بيعت الأمه المطلّقه أثناء عدّتها أتمّت العدّه، و هل عليها الاستبراء زائداً على ذلك؟ قيل: نعم، و لكن الأظهر عدم لزومه.

الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۲۹

....

و استدل علیه شیخنا الأعظم (قدس سره) بأنه الفارق بین السفاح و النکاح، إذ الأوّل بحسب الغالب یقع بالتراضی بین الطرفین، فإذا کان هو بوحده کافیاً و لم یعتبر اللفظ لم یبق فارق بینه و بین النکاح «۱».

و ما أفاده یعد غریباً منه (قدس سره)، فإن الفارق بین النکاح و السفاح لا یکمن فی اللفظ فإنه أجنبی عن ذلک، إذ قد یکون السفاح مع اللفظ و قد یکون النکاح بغیره.

و إنما الفرق بینهما یکمن فی أن النکاح أمر اعتباری، حیث یعتبر الرجل المرأه زوجه له و تعتبر المرأه الرجل زوجاً لها، فی حین إن السفاح هو الوطء الخارجی المجرد عن اعتبار الزوجیه بینهما.

نعم، یمکن الاستدلال علیه بجمله من النصوص الدالّه علی اعتبار اللّفظ فی المتعه بل یظهر من بعضها مفروغیه اعتباره لدی السائل، و إنّما السؤال عن کیفیاته و خصوصیاته «۲». فإنه إذا کان اعتباره فی المتعه معلوماً و مفروغاً عنه، فاعتباره فی الدوام یکون بطریق أَولی.

علی أن فی بعض هذه النصوص أنها: «إذا قالت: نعم، فقد رضیت و هی امرأتک و أنت أولی الناس بها» و هو ظاهر الدلاله فی عدم کفایه الرضا الباطنی و اعتبار اللّفظ بحیث لولا قولها: «نعم» لما تحقّقت الزوجیه و لما کان الرجل «أولی الناس بها».

هذا کلّه مضافاً إلی صحیحه برید العجلی، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن قول اللّه عزّ و جلّ «وَ أَخَذْنَ مِنْکُمْ مِیثٰاقاً غَلِیظاً» فقال: «المیثاق هو الکلمه التی عقد بها النکاح، و أما قوله «غَلِیظاً» فهو ماء الرجل یفضیه إلیها» «۳».

فإنها واضحه الدلاله علی اعتبار التلفّظ، و عدم کفایه مجرد الرضا الباطنی، بل و إظهاره بغیر اللّفظ المعین.

---

(۱) کتاب

النكاح للشيخ الأنصارى ۲۰: ۷۷ طبع المؤتمر العالمى.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۱۸.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱ ح ۴.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۳۰

الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج على الأحوط [۱]، فلا يكفى بلفظ المتعه فى النِّكاح الدائم (۱)

و كيف كان، فاعتبار الصيغه فى إنشاء النكاح و عدم كفايه المعاطاه مما لا خلاف فيه بينهم و لا إشكال.

(۱) و ذلك فلأن المذكور فى النصوص الدالّه على اعتبار اللفظ إنما هو التزويج و مشتقّاته، لكن حيث علمنا أنه لا خصوصيّه لهذا اللفظ بعينه، جاز استعمال لفظ النكاح فى إنشاء العقد الدائم، لوروده فى جمله من الآيات الكريمه و النصوص الشريفه.

و أمّا لفظ المتعه، فلا ينبغى الإشكال فى صحّه إنشاء العقد المنقطع به، فإنه حقيقه فيه. و أما إنشاء العقد الدائم به فلا يخلو من إشكال بل منع، حيث لم نظفر بآيه أو روايه قد استعمل فيها هذا اللفظ فى الزواج الدائم، فيكون استعماله فيه استعمالًا مجازياً لا محاله، و من هنا فالاكتفاء به فى إنشائه يحتاج إلى الدليل، و هو مفقود.

و بعباره اخرى: إن استعمال لفظ المتعه فى الزواج الدائم و إن كان صحيحاً على نحو المجاز، إلّا أن كفايته فى إنشائه بعد اعتبار لفظ خاص فيه تحتاج إلى الدليل. و الماتن (قدس سره) و غيره ممن يلتزم بالكفايه فى المقام، لا يكتفون بالاستعمالات المجازيه فى إنشاء العقود حتى مع نصب القرينه عليه فى غير المقام كالبيع و الإجازه، لعدم الدليل عليه.

و بالجمله فلو كنا نحن و لم يكن دليل على اعتبار لفظ خاص، لكان حال النكاح حال العقود التى يكتفى فى

إنشائها بكل مبرز، إلّا أن مقتضى هذه الأدله هو الاقتصار على لفظ خاص، و المذكور فيها و إن كان هو التزويج إلّا أننا قد تعدينا عنه إلى لفظ النكاح أيضاً، للقطع. و أما غيره فالتعدى إليه يحتاج إلى الدليل، و حيث إنه مفقود فالأحوط لزوماً إن لم يكن الأقوى هو الاقتصار فى إنشاء النكاح الدائم على لفظى الزواج و النكاح خاصه.

---

[۱] هذا الاحتياط لا يُترك.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۳۱

....

نعم، فى بعض الكلمات الاستدلال على جواز إنشاء النكاح الدائم به، بما ورد من انقلاب المنقطع دائماً إذا لم يذكر فيه الأجل نسياناً.

و فيه: أنه لم ترد و لا روايه واحده تدلّ على انقلاب العقد المنقطع دائماً فى فرض النسيان، فإن الأخبار خاليه عن ذلک بالمره، و إنما ورد ذلک فى بعض كلمات الأصحاب.

نعم، وردت جمله من النصوص تدلّ على انقلاب المنقطع دائماً فيما إذا تعمد ترک الأجل، على ما ورد التصريح بذلک فى بعضها، حيث ورد فيها: (إنى أستحى أن أذكر شرط الأيام) «۱». إلّا أنها أجنبيه عن جواز إنشاء النكاح الدائم بلفظ التمتع، فإنها ناظره إلى خصوصيّه ذكر الأجل و عدمه خاصه، من دون أن يكون لها نظر إلى بقيه الشرائط المعتبره فى العقد الدائم.

و على هذا فهى إنما تتضمّن الانقلاب عند عدم ذكر الأجل، فيما إذا كان العقد قابلًا لأنّ يكون زواجاً دائماً.

فإذا لم يكن العقد كذلک، فلا يوجب ترک الأجل عمداً أو نسياناً انقلابه دائماً، كما لو كانت لديه أربع زوجات دائمات فتزوج بالخامسه متعه و لم يذكر الأجل، أو تزوّج بالكتابيه متعه و من دون ذكر الأجل بناءً على عدم جواز تزوّج الكتابيه بالعقد الدائم أو تزوّج بالبكر كذلک من

دون إذن أبيها بناءً على اختصاص اعتبار الإذن فى نكاح البكر دائماً و عدم اعتباره فى المتعه، كما هو أحد الأقوال فى المسأله.

فإنه حينئذ لا مجال للقول بالانقلاب و شمول تلك الأخبار لها، فإنها إنما تنظر إلى خصوص العقد القابل للانقلاب، و ليس لها نظر إلى فقدان شرط معتبر فى النكاح الدائم.

و من هنا يظهر ما فى استدلال شيخنا الأعظم (قدس سره) على عدم اعتبار الماضويه فى الصيغه بهذه الروايات حيث ورد فيها: (أتزوّجك)، و هو بضميمه انقلابه إلى النكاح الدائم عند عدم ذكر الأجل، يدلّ على إمكان إنشاء النكاح الدائم بغير

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۲۰ ح ۲.

و إن كان لا يبعد (۱) كفايته مع الإتيان بما يدلّ على إراده الدوام.

و يشترط العربيه مع التمكّن منها (۲) و لو بالتوكيل على الأحوط. نعم، مع عدم

صيغه الماضى، و عدم اعتبارها فيه «۱».

إذ يرد عليه ما قد عرفت، من أن هذه النصوص ليست بصدد بيان جميع الشرائط المعتبره فى النكاح الدائم.

و الحاصل أنه لا يجوز إنشاء العقد الدائم بلفظ المتعه، لعدم الدليل عليه بعد أن كان استعماله فيه مجازياً، و لا أقلّ من كون ما ذكرناه هو الأحوط.

(۱) قد عرفت أنه بعيد، و لا يساعد عليه دليل.

(۲) على ما هو المعروف بينهم، و استدلّ له:

أوّلًا: بما فى كلمات المحقق الثانى (قدس سره)، من عدم صدق العقد على غير العربى مع التمكن منه «۲».

و فيه: أنه من غرائب ما صدر منه (قدس سره)، فإنّ العقد من الأُمور القائمه بالنفس لا اللّفظ، و إنما اللفظ هو المبرز خاصّه. و من هنا فكما أنّ للعرب عقوداً فلغيرهم عقود

أيضاً، و قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» «۳» خطاب لهم و لغيرهم على حدٍّ سواء، و ليس للعربيه دخل فى مفهوم العقد.

ثمّ لو كان مفهوم العقد متقوماً بالعربيه، لم يكن وجه للفرق بين القدره عليها و عدمها، فإنه ليس لهما دخل فى المفهوم، و إنما هما يرتبطان بمقام التكليف خاصّه حيث يصحّ مع القدره و يقبح بدونه.

فما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه.

---

(۱) كتاب النكاح للشيخ الأنصارى ۲۰: ۷۸ طبع المؤتمر العالمى.

(۲) جامع المقاصد ۱۲: ۷۴.

(۳) سوره المائده: ۵: ۱.

التمكّن منها و لو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنه (۱) إذا أتى بترجمه اللّفظين من النكاح و التزويج.

ثانياً: أنّ العقد بالعربيه هو القدر المتيقن من العقد الصحيح، لورودها فى القرآن الكريم و ألسنه النصوص الشريفه، و كفايه غيرها تحتاج إلى الدليل و هو مفقود و مقتضى الأصل هو الفساد.

و فيه: أن القرآن الكريم قد نزل بالعربيه، و النصوص كانت خطاباً و جواباً لأسئله وجّهها أُناس يتكلّمون بالعربيه إليهم (عليهم السلام)، فمن هنا يكون من الطبيعى أن لا ترد فيهما صيغه غير عربيه، و هذا لا يدلّ على الاختصاص بها.

ثمّ إن عمومات النكاح و مطلقاته، كقوله تعالى «وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ» «۱» و قوله (صلّى آله عليه و آله و سلم): «النِّكاح سنّتى» «۲» تمنع من الرجوع إلى الأصل و التمسّك بالقدر المتيقّن.

و الحاصل أنّ مقتضى عمومات النكاح و مطلقاته، هو الاكتفاء بغير العربيه فى إنشاء النكاح، و إن كان الأحوط الاقتصار عليها مع الإمكان.

(۱) و استدلّ عليه فى بعض الكلمات بما ورد فى طلاق الأخرس، من كفايه وضع القناع على رأسها «۳».

بدعوی أن المستفاد منها هو کفایه غیر اللفظ العربی عند العجز عنه مطلقاً.

إلّا أنه واضح الفساد، باعتبار أن هذه النصوص وارده فی خصوص طلاق الأخرس، فالتعدی عنه إلی کل عاجز غیره یحتاج إلی الدلیل و هو مفقود، و لذا لم یلتزم المشهور بهذا الحکم فی العاجز عن التکلم من غیر الخرس، کالوارم لسانه إلی حدّ یمنعه من التکلّم.

---

(۱) سوره النور ۲۴: ۳۲.

(۲) الوسائل ۲۰: ۱۵ کتاب النکاح، أبواب مقدّمات النکاح، باب ۱ ح ۲۴۹۰۳.

(۳) الوسائل، ج ۲۲ کتاب الطّلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ۱۹.

و الأحوط اعتبار الماضویه (۱)

و من هنا فقد استشکل صاحب المستند فیه، و استظهر عدم کفایه الإنشاء بغیر العربیه حتی مع العجز عنها «۱».

إلّا أنه لا یمکن المساعده علیه، للقطع بعدم إمکان الالتزام بتعطیل النکاح الذی علیه نظام العالم، فلا مجال للقول بتعطیل النکاح فی البقاع التی لا یعلمون العربیه من العالم، و بقاء الرجال و النساء من غیر تزویج بحیث ینحصر أمر المقاربه بالزنا، لا سیما مع ما ورد فی جمله من النصوص من ان المرأه لا تبقی معطله «۲».

و الحاصل أنه بناءً علی اعتبار العربیه فی إنشاء النکاح و قد عرفت ما فیه فهو إنما یختص بحاله القدره علی الإنشاء بالعربیه و لو بالتوکیل فیه. و أما مع العجز عنها فمقتضی عمومات النکاح و إطلاقاته السلیمه عن المعارض، هو الاکتفاء فی إنشائه بأی لغه کانت.

(۱) کما ذهب إلیه المشهور من الأصحاب، و استدلّ علیه:

تاره بأنه القدر المتیقن من العقد الصحیح.

و أُخری بأنّ صیغه الماضی صریحه فی الإنشاء، بخلاف غیرها.

و فیهما معاً نظر. فإنّ الأوّل یدفعه أن مجرّد کونها القدر المتیقن، لا یقتضی لزوم

الاقتصار عليها فی مقام الإنشاء، و رفع اليد عن المطلقات و العمومات.

على أن مقتضى النصوص الوارده فی كيفيه عقد المتعه و المتضمنه إنشاءها بغير صيغه الماضی، هو جواز إنشاء العقد الدائم بغير صيغه الماضی و عدم انحصاره بها لوضوح عدم الفرق بين العقد المنقطع و العقد الدائم.

و من هنا يظهر الجواب عن الثانی، فإن مجرد كونها صريحه فيه لا يكفی فی لزوم الاقتصار عليها و القول بعدم كفايه غيرها، إذ يكفی ظهور غيرها فيه حيث لا تعتبر

---

(۱) مستند الشيعه ۲: ۴۷۷.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب مقدمات النكاح، ب ۸۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۳۵

و إن كان الأقوى عدمه (۱) فيكفی المستقبل، و الجمله الخبريّه، كأن يقول: (أُزوّجك) أو (أنا مُزوّجك فلانه).

كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول، و إن كان الأقوى جواز العكس أيضاً (۲).

الصراحه، كما يؤكده ما ورد فی المتعه من الإنشاء بغيرها.

على أن دعوى كون صيغه الماضی صريحه فی الإنشاء، باطله من أساسها، فإنها مشتركه بينه و بين الإخبار، و لا بدّ فی التعيين من القرينه.

و من هنا فهی لا تختلف عن غيرها من هذه الجهه، و ليست هی صريحه فيه كما ادعيت.

إذن فالصحيح هو ما ذهب إليه جمله من الأصحاب من جواز الإنشاء بغيرها.

(۱) على ما اختاره جمله من الأصحاب و استظهرناه.

(۲) فيقول الرجل: (أتزوّجك على كتاب اللّه و سنّه نبيّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) ... إلخ) فتقول المرأه: (زوجتك نفسی).

و يدلّنا عليه عدم الدليل على اعتبار تقدّم الإيجاب على القبول، بعد صدق العقد و المعاقده مع العكس أيضاً، إذ لا يعتبر فی مفهومه كون الإيجاب متقدماً على القبول.

هذا مضافاً إلى إطلاقات أدلّه النكاح، و

ما ورد فی بیان کیفیه صیغه المتعه من أن یقول الرجل لها: «أتزوّجک متعه علی کتاب اللّه تعالیٰ و سنّه نبیّه (صلّی اللّه علیه و آله و سلم) لا وارثه و لا مورثه، کذا و کذا یوماً» إلی أن قال: «فإذا قالت: نعم، فقد رضیت، و هی امرأتک و أنت أولی الناس بها» «۱».

فإن موردها لیس هو قیام الرجل بدور الإیجاب و الإنشاء و قیام المرأه بدور القبول کما توهمه بعضهم، و إنما موردها تقدیم القبول علی الإیجاب، فإن صیغه (أتزوّجک) من باب التفعل فلا یکون إنشاءً، و إنما یکون قبولًا متقدِّماً. و من هنا فقد

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۸ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۳۶

و کذا الأحوط أن یکون الإیجاب من جانب الزوجه، و القبول من جانب الزّوج، و إن کان الأقوی جواز العکس (۱).

مثّل المحقق (قدس سره) فی الشرائع لتقدیم القبول علی الإیجاب، بما إذا قال الرجل: (تزوّجت) فقالت المرأه: (زوّجتک نفسی) «۱». فلا فرق بین التعبیر ب (أتزوّجک) و (قبلت) فإن المفاد فیهما واحد تماماً من دون أی فارق، باستثناء أن القبول فی الأوّل مستفاد من الهیئه، فی حین إنه فی الثانی مستفاد من الماده.

ثمّ إن هذا کله فیما إذا کان القبول المتقدم بلفظ (أتزوّجک) و ما شابهه. و أما إذا کان بلفظ (قبلت) أو (رضیت) فإن لم یذکر المتعلق، فلا إشکال فی عدم کفایته فی إنشاء الزوجیه. و إن ذکر المتعلق، فالظاهر أنه لا مانع من الالتزام بصحته و کفایته، لما عرفت من أنه لا فرق بین صیغه (قبلت) و صیغه (أتزوّجک) إلّا أن القبول فی الأوّل مستفاد من الماده، فی حین إنه

فى الثانى مستفاد من الهيئه، فيكون حاله حاله.

(١) و ذلک لكون الزوجيه من المفاهيم المتضايفه المتشابهه الطرفين، بحيث يكون المضاف إلى كل منهما عين المضاف إلى الآخر. نظير الاخوه المضافه إلى الطرفين على حد سواء، فكما أن هذا أخ لذاک فذاک أخ لهذا بلا اختلاف فى النسبه، و ليست هى كالأُبوه و البنوّه.

و من هنا فكما أنّ الرجل زوج للمرأه هى زوج له، كما استعمل ذلک فى جمله من الآيات الكريمه.

قال تعالى «وَ قُلْنا يا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَ زَوْجُکَ الْجَنَّهَ» «٢».

و قال تعالى «وَ لَكُمْ نِصْفُ ما تَرَکَ أَزْواجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ» «٣».

و قال تعالى:

---

(١) راجع شرائع الإسلام ١: ٣٢٢.

(٢) سوره البقره ٢: ٣٥.

(٣) سوره النساء ۴: ١٢.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٣٧

و أن يكون القبول بلفظ: (قبلت) و لا يبعد كفايه (رضيت) (١). و لا يشترط ذكر المتعلِّقات (٢) فيجوز الاقتصار على لفظ: (قبلت) من دون أن يقول: (قبلت

«يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِکَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَياهَ الدُّنْيا وَ زِينَتَها فَتَعالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ سَراحاً جَمِيلًا» «١».

و قال تعالى «يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْواجِکَ وَ بَناتِکَ وَ نِساءِ الْمُؤْمِنِينَ يُدْنِينَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ» «٢».

و قال تعالى «وَ إِذْ تَقُولُ لِلَّذِى أَنْعَمَ اللّٰهُ عَلَيْهِ وَ أَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِکْ عَلَيْکَ زَوْجَکَ» «٣».

و قال تعالى «يا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنّا أَحْلَلْنا لَکَ أَزْواجَکَ» «۴»، إلى غير ذلک من الآيات.

فالزوجيه مفهوم فى مقابل الفرديه، و هى عباره عن انضمام أحدهما إلى الآخر مع وحده علاقتها إليهما.

و عليه فلكل منهما إنشاؤها و اعتبار الآخر زوجاً له أو لها، فإذا تحقّق ذلك من أحـدهما و تحقّق القبول من الآخر صـدق العقد و المعاهده، و من ثَمَّ شملته

أدلّه اللّزوم.

و الحاصل أنه لا موجب للقول بلزوم كون الإيجاب من الزوجه خاصه و القبول منه، فإنه لا دليل عليه و إن كان هو الغالب خارجاً.

(۱) بل الأقوى كفايته، لعدم الدليل على اعتبار لفظ معين فى القبول أو وجود خصوصيّه له، و مقتضى الإطلاقات الاكتفاء بكل لفظ يدل على رضاه بالزوجيه كى تصدق به المعاقده و المعاهده.

و ممّا يدلّ على ما ذكرناه الصحيحه الوارده فى المتعه: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت» فإنها داله على جواز القبول بلفظ: (أتزوّجك) على ما تقدّم الحديث فيها.

(۲) إذ العبره بمعلوميه المتعلقات، و هى تحصل بذكرها فى ضمن إيجاب الزوجه و لا حاجه إلى إعادتها فى ضمن القبول ثانياً.

---

(۱) سوره الأحزاب ۳۳: ۲۸.

(۲) سوره الأحزاب ۳۳: ۵۹.

(۳) سوره الأحزاب ۳۳: ۳۷ و ۵۰.

(۴) سوره الأحزاب ۳۳: ۳۷ و ۵۰.

النِّكاح لنفسى أو لموكِّلى بالمهر المعلوم).

و الأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر (۱) كأن يقول: (زوِّجنى فلانه) فقال: (زوّجتكها) و إن كان الأحوط [۱] خلافه.

و تدلّ عليه الصحيحه المتقدِّمه الوارده فى المتعه، حيث حكم (عليه السلام) بتحقق الزوجيه بمجرّد قولها: «نعم» متفرِّعاً على قول الزوج: «أتزوّجك متعه على كتاب اللّه و سنّه نبيِّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) ...»

فإنّه سواء جعلنا قولها: «نعم» قبولًا كما ذهب إليه بعضهم، أو إيجاباً كما اخترناه فهى دالّه على عدم ذكر المتعلقات، أما على ما ذكروه فواضح. و أما على ما اخترناه فلعدم الفرق بين الإيجاب و القبول من هذه الناحيه، حيث إن العبره إنما هى بالمعلوميه، فإذا جاز عدم ذكر المتعلقات فى الإيجاب لتحقق المعلوميه من جهه أُخرى، جاز عدم ذكرها فى القبول أيضاً.

(١) كما ذهب إليه

جماعه. و المبنى فيه أحد أمرين:

الأوّل: دعوى أنّ الأمر بالتزويـج من قبل الزوج قبول منه، و بـذلك فيكون من مصاديق المبحث المتقدِّم، أعنى تقدّم قبول الزوج على إيجاب المرأه، على ما صرح به بعضهم فى ذلك المبحث حيث ذكر الأمر بالتزويج مثالًا له.

و فيه: أنه بعيـد عن المتفاهم العرفى جـدّاً، فإن الأمر إنما هو إنشاء لطلب التزويـج و هو و إن كان يكشف عن رضاه به إلّا أنه غير إنشائه لاعتبار الزوجيه و التزويج و لا ظهور له فيه، و من هنا فلا مجال للاكتفاء به فى المعاقده.

و بعباره اخرى: إنّ الأمر بالتزويج و إن كان دالّاً على الرضا الباطنى به، إلّا أنه لا يجدى شيئاً ما لم يستتبع إبرازه بمبرز دالّ بظاهره عليه، و هو غير حاصل فى المقام فإنّ الأمر به غير إنشائه للقبول، كما هو واضح.

الثانى: دعوى أنّ أمره لها أو لغيرها لما كان توكيلًا فى التزويج، كفى إيجابها

---

[۱] لا يُترك الاحتياط.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۳۹

....

خـاصّه، لمـا تقـدّم من أنّ الإيجـاب و القبول إذا كـان لشـخص واحـد بالولايـه أو الوكاله أو بالتفريق بينهما و بين الأصاله، كفى الإيجاب من دون أن تكون هناك حاجه إلى القبول.

و فيه: أنه قـد تقـدّمت فى محلِّه المنـاقشه فى الكبرى، لأنـه من قبيـل اسـتعمال اللّفظ فى أكثر من معنى، و هو على تقـدير إمكانه خلاف الظاهر فى مقام الاستعمال، بل يعدّ من الأغلاط.

على أن فى كون المقام من صغريات هذه الكبرى إشكالًا. و ذلك فلأن الأمر بالتزويج لا يعدّ عرفاً توكيلًا لها فيما هو فعله، و إنما الظاهر منه أنه طلب لما هو فعلها خاصه. نظير ما لو قال: (هبنى ما عندك) فإنّه لا

يعتبر توكيلًا له فی قبول الهبه أو قبضه، کی يقال بكفايه إيجابها عن القبول.

و لا يرد علينا أنا التزمنا بأن الزوجيه من الأُمور المتضايفه المتشابهه الطرفين فيكون أمره لها أمراً بإنشاء ذلك الأمر الواحد.

إذ يرد عليه أن كون الزوجيه من الأُمور المتضايفه المتشابهه الطرفين و النسبه و إن كان تامّاً، إلّا أن الظاهر العرفی من الأمر ليس إلّا طلب ما هو فعلها خاصّه، فلا يعتبر توكيلًا أو قبولًا فيما هو فعله.

و من هنا فيشكل ما أفاده (قدس سره) تبعاً لجماعه، من كفايه الإتيان بلفظ الأمر.

و أمّا النص الذی استدلّ به على الكفايه، أعنی صحيحه محمّد بن مسلم عن أبی جعفر (عليه السلام)، قال: «جاءت امرأه إلى النبیّ (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) فقالت: زوّجنی، فقال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم)، زوِّجْنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لی شی ء، قال: لا. فأعادت، فأعاد رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثمّ أعادت فقال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) فی المرّه الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلّمها إيّاه» (١).

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المهور، ب ٢ ح ١.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ١٤٠

[مسأله ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشاره]

[٣٨٣٥] مسأله ٢: الأخرس يكفيه الإيجاب و القبول بالإشاره [١] مع قصد الإنشاء و إن تمكن من التوكيل على الأقوى (١).

بدعوى أنه لم يرد فی شی ء من طرق هذه الصحيحه قبول الرجل بعد إيجاب النبی (صلّى

اللّه عليه و آله و سلم)، فيكشف ذلك عن الاكتفاء بأمره بالتزوج المتقدم على الإيجاب.

فالاستدلال به مشكل، فإن دعوى كون أمر الرجل توكيلًا للنبى (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) بعيده، لأنه و بحسب المتفاهم العرفى ليس إلّا طلباً فى التزويج.

و أبعد منها دعوى كونه قبولًا متقدماً و إنشاءً للتزويج، إذ ليس للطلب ظهور فى التزويج لا سيّما فى المقام، حيث فصلت جملات عديده صدرت من النبى (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) و أجوبه صدرت من الرجل بين أمره و الإيجاب، و الحال أن المعروف و المشهور بين الأصحاب اعتبار التوالى بين الإيجاب و القبول.

على أنّ المهر إنما ذكر فى الإيجاب خاصه، و لم يكن له فى الأمر ذكر، فلا يمكن جعله قبولًا سابقاً، لاستلزامه عدم تطابقه مع الإيجاب.

و من هنا، فإما أن تحمل هذه الصحيحه على أن الراوى لم يكن بصدد بيان جميع الخصوصيات و إنما هو بصدد بيان جهه خاصه، هى عدم لزوم كون المهر درهماً أو ديناراً بل يكفى كونه قرآناً، و لذا لم يذكر قبول الرجل. أو يقال بأن ذلك من خصوصيات النبى (صلّى اللّه عليه و آله و سلم)، حيث يكتفى بإيجابه خاصه، و لا يعتبر فيه القبول مع رضا الرجل أو حتى مع عدمه، لولايته (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) العامه، و معه فلا مجال للتعدى عنه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) و الاستدلال بها على الجواز فى غير إيجابه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم).

و على كل، فما أفاده الماتن (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه، و لا أقل من كون خلافه هو الأحوط لزوماً.

(١) بل لم يظهر الخلاف فيه

من أحد. و استدلّ علیه بأن دلیل اعتبار اللفظ لما کان

---

[۱] و بتحریک لسانه أیضاً.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۴۱

....

هو التسالم بین المسلمین و هو دلیل لبی، فلا بدّ من الاقتصار فیه علی القدر المتیقن و هو غیر الأخرس، و أما هو فیُکتفی بإشارته، لإطلاقات أدلّه النکاح و عموماته.

إلّا أن لازم ذلک عدم اختصاص الحکم بالأخرس، بل لا بدّ من الالتزام بعمومه لکل عاجز عن التکلم، سواء أ کان ذلک بالأصاله و هو المسمّی بالأخرس، أم کان لعارض کالمقطوع لسانه.

نعم، لو کان اعتبار اللفظ مستفاداً من الأدلّه اللّفظیه کما استظهرناه، کان مقتضی إطلاقها عدم الفرق بین القادر علی التکلم و العاجز عنه مطلقاً، إذ الأحکام الوضعیه لا تختلف بالقدره و عدمها، و حینئذ فلا بدّ من التماس دلیل علی صحّه عقد الأخرس بالإشاره.

و یدلّ علیه ما ورد فی طلاق الأخرس، من الاکتفاء بالکتابه أو الإشاره علی النحو الذی یعرف به سائر أفعاله و مقاصده، مثل حبه أو کراهته «۱». فإنه إذا جاز الطلاق بالإشاره، جاز النکاح بها بطریق أولی، إذ الطلاق أشدّ حالًا من النکاح.

و ما ورد فی قراءته فی الصلاه أو تشهده أو تلبیته «و ما أشبه ذلک» علی حد التعبیر الوارد فی معتبره مسعده بن صدقه «۲» من أنها بتحریک لسانه و إشارته بإصبعه «۳». و من الواضح أن المراد من «ما أشبه ذلک» هو کل ما یعتبر فیه التلفظ شرعاً.

و من هنا تکون هذه الروایات شامله للمقام و دالّه علی المدعی، أعنی جواز إنشاء الأخرس للنکاح بإشارته.

غیر أن مقتضی هذه النصوص لزوم إضافه تحریک اللسان إلی الإشاره بإصبعه و عدم الاکتفاء بالإشاره المجرده، کما ورد ذلک فی معتبره مسعده بن

صدقه المتقدِّمه و يظهر من روايات الطلاق، حيث قيد الحكم بكون إبرازه للنكاح بالإشاره كإبراز سائر مقاصده و أَموره، و من الواضح أن المتعارف عند الأخرس فى مقام بيان مقاصده هو تحريك لسانه مضافاً إلى الإشاره بإصبعه أو يده أو غيرهما، و من هنا فلا محيص

---

(۱) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ۱۹.

(۲) الوسائل، ج ۶ كتاب الصلاه، أبواب القراءه فى الصلاه، ب ۵۹ ح ۱، ۲.

(۳) الوسائل، ج ۶ كتاب الصلاه، أبواب القراءه فى الصلاه، ب ۵۹ ح ۱، ۲.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۴۲

[مسأله ۳: لا يكفى فى الإيجاب و القبول الكتابه]

[۳۸۳۶] مسأله ۳: لا يكفى فى الإيجاب و القبول الكتابه (۱).

[مسأله ۴: لا يجب التطابق بين الإيجاب و القبول فى ألفاظ المتعلقات]

[۳۸۳۷] مسأله ۴: لا يجب التطابق بين الإيجاب و القبول فى ألفاظ المتعلقات (۲). فلو قال: (أنكحتك فلانه) فقال: (قبلت التزويج) أو بالعكس، كفى. و كذا لو قال: (على المهر المعلوم) فقال الآخر: (على الصداق المعلوم). و هكذا فى سائر المتعلقات.

[مسأله ۵: يكفى على الأقوى فى الإيجاب لفظ (نعم) بعد الاستفهام]

[۳۸۳۸] مسأله ۵: يكفى على الأقوى فى الإيجاب لفظ (نعم) (۳) بعد الاستفهام، كما إذا قال: (زوّجتنى فلانه بكذا)؟ فقال: (نعم) فقال الأوّل: (قبلت). لكن الأحوط عدم الاكتفاء [۱].

عن اشتراط تحريك اللِّسان فى إنشاء الأخرس للنكاح بالإشاره.

(۱) لعدم الدليل على الاكتفاء بها، بعد ما دلّ على اعتبار اللفظ فى الإنشاء.

(۲) و ذلك لعدم الدليل على اعتبار تطابق الإيجاب و القبول من حيث الماده، إذ إن دليل اعتبار اللفظ لا يقتضى إلّا لزوم كون الدالّ على إنشاء التزويج لفظاً، و أما اتحادهما من حيث الماده فلا دليل عليه. و مقتضى الإطلاق كفايه غير المتطابق أيضاً.

(۳) الاكتفاء ب (نعم) فى مقام الإيجاب فى حدّ نفسه مما لا ينبغى الإشكال فيه، إذ تدلّ عليه مضافاً إلى ما تقدّم من أنّ المعتبر

فى اللّفظ كونه مبرزاً للاعتبار بنظر العرف من دون وجود خصوصيّه للفظ معين صحيحه أبان بن تغلب المتقدِّمه، حيث ورد فيها: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هى امرأتك» بناءً على ما تقدّم بيانه مفصلًا من أن كلمه (نعم) إيجاب منها، حيث لا يمكن أن تكون كلمه (أتزوّجك) هو الإيجاب.

نعم، ما أفاده (قدس سره) من كفايته فى جواب الاستفهام مشكل جدّاً، حيث إن جواب الاستفهام إنما يكون إخباراً لا إنشاءً، فاستعماله فى مكانه يكون من الإنشاء بالمجاز المستنكر و غير المعهود و المتعارف لدى العرف، و من هنا فلا مجال للاكتفاء به.

---

[۱] بل لا يبعد أن

یکون هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۴۳

[مسأله ۶: إذا لحن فی الصّیغه، فإن کان مغیِّراً للمعنی لم یکف]

[۳۸۳۹] مسأله ۶: إذا لحن فی الصّیغه، فإن کان مغیّراً للمعنی لم یکف (۱). و إن لم یکن مغیِّراً، فلا بأس به إذا کان فی المتعلّقات (۲). و إن کان فی نفس اللّفظین کأن یقول: (جوّزتک) بدل (زوّجتک) فالأحوط عدم الاکتفاء به (۳). و کذا اللّحن فی الإعراب.

[مسأله ۷: یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغه]

[۳۸۴۰] مسأله ۷: یشترط قصد الإنشاء فی إجراء الصیغه (۴).

---

(۱) لعدم صلاحیته لإبراز المعنی و الاعتبار النفسانی بحسب المتفاهم العرفی.

(۲) لکونه مبرزاً للاعتبار لدی العرف.

(۳) و إن کان الأقوی الاکتفاء به، إذ العبره إنما هی بکون اللّفظ مفهماً و مبرزاً للاعتبار بنظر العرف، من دون أن یکون لموازین اللغه و الإعراب دخل، فإذا کان اللفظ کذلک صح إنشاء العقد به و إن کان غلطاً بحسب اللغه.

و من هنا یظهر الفرق بین إنشاء العقود و القراءه فی الصلاه. فإن المعتبر فی الثانی هو اللفظ الخاص النازل من اللّه تبارک و تعالی، فإذا وقع فیه تحریف لم یجز لعدم کونه النازل منه تعالی، و هذا بخلاف العقود حیث لا یعتبر فیها لفظ خاص، و إنما المعتبر فیها هو اللفظ المفهم للمعنی و المبرز للاعتبار بنظر العرف.

و من هنا فالظاهر هو الاکتفاء بالملحون حتی و لو کان الغلط فی نفس اللفظین فیما إذا کان اللحن نوعیاً، بحیث یکون مبرزاً للاعتبار بنظر العرف، نعم، إن الاحتیاط فی عدم الاکتفاء به.

و مما تقدّم یظهر الحال فی اللحن فی الإعراب، فإن الحال فیه ما تقدّم.

(۴) و ذلک لأن اللافظ لصیغه العقد: إما أن لا یستعملها فی معنی بحیث یکون قصده إیجاد اللفظ خاصه، و إما أن یکون قصده فی استعمالها الإخبار عمّا مضی أو عمّا یأتی، و إما أن یکون قصده فی استعمالها

إنشاء الزوجيه. و لا رابع لهذه الاحتمالات.

و الأولان لا يتحقق بهما عنوان التزويج، لخلو الأوّل من إراده المعنى، و قصد الإخبار فى الثانى، فينحصر أمر الإنشاء فى الثالث لا محاله. و لا يختص هذا بباب

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۴۴

[مسأله ۸: لا يشترط فى المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلًا]

[۳۸۴۱] مسأله ۸: لا- يشترط فى المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلًا (۱) بأن يكون مميِّزاً للفعل و الفاعل و المفعول، بل يكفى علمه إجمالًا بأن معنى هذه الصيغه إنشاء النكاح و التزويج. لكن الأحوط العلم التفصيلى.

[مسأله ۹: يشترط الموالاه بين الإيجاب و القبول]

[۳۸۴۲] مسأله ۹: يشترط الموالاه بين الإيجاب و القبول (۲). و تكفى العرفيه منها، فلا يضرّ الفصل فى الجمله، بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب. كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد، من القيود و الشروط و غيرها و إن كثرت.

النكاح، بل يجرى فى إنشاء جميع العقود بلا اختلاف بينها.

(۱) لأن المعاقده إنما تتقوم بالاعتبار النفسانى و إبرازه بمبرز فى الخارج، فإذا كان المجرى للصيغه عالماً بأنها تبرز هذا الاعتبار النفسانى، كفى ذلك و إن لم يكن عالماً بخصوصياتها، و لعل أكثر العرب فضلًا عن غيرهم لا- يدركون ذلك، بل غايه ما يدركونه إنما هو معنى الجمله من حيث المجموع، دون كل جزء جزء هيئه و ماده.

(۲) على ما ذكره غير واحد من الأصحاب، و ذكروا أن الأصل فى ذلك إنما هو ارتباط المستثنى بالمستثنى منه، حيث إنه إذا فصل بينهما لم يكن أحدهما مرتبطاً بالآخر، و من ثمّ فلا يعدان جمله واحده.

فلو قال اللافظ (لا إله) ثمّ ذكر بعد فصل طويل (إلّا اللّه) لما اعتبر ذلك شهاده بوحدانيه اللّه تبارك و تعالى، بل يحكم بكفره لنفى الإله. و كذا الحال فى الإقرار، فلو أقرّ لشخص بمائه دينار مثلًا، و بعد فصل طويل استثنى منه خمسين، فإنه يؤخذ بإقراره الأوّل و يعتبر استثناء الخمسين من الإنكار فلا- يلتفت إليه. و لا- يختص هذا بباب الاستثناء، بل يجرى فى كل أمرين مرتبطين كالقرينه و ذيها.

و العقود

حيث تتركب من الإيجاب و القبول، فلا بدّ من عدم الفصل بينهما، كى تتحقق المعاقده و المعاهده.

و ما أفادوه بالنسبه إلى الاستثناء و القرينه و ذيها واضح. فإن المتكلم إذا فرغ من كلامه و لم ينصب قرينه على مراده، انعقد لكلامه ظهور لا محاله، فيؤخذ بمقتضى ظهور كلامه. و على هذا الأساس كان ما ذكرناه فى محله، من أن القرينه المنفصله

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۴۵

[مسأله ۱۰: ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول]

[۳۸۴۳] مسأله ۱۰: ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب و القبول. فلو كان القابل غائباً عن المجلس، فقال الموجب: (زوّجت فلاناً فلانه) و بعد بلوغ الخبر إليه قال: (قبلت) لم يصح.

و فيه: أنه لا دليل على اعتباره (۱) من حيث هو. و عدم الصحّه فى الفرض المذكور، إنما هو من جهه الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقده و المعاهده، لعدم التخاطب. و إلّا فلو فرض صدق المعاقده و عدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ، كما إذا خاطبه و هو فى مكان آخر لكنّه يسمع صوته و يقول: (قبلت) بلا فصل مضر

لا توجب خللًا فى ظهور الكلام و رفعه، و إنما توجب رفع حجيه الظهور خاصه.

إلّا أن هذا لا يجرى فى محل كلامنا، فإن المعاقده ليست هى بين اللفظين كى يقال إنها معنى واحد قائم بهما فلا بدّ من ارتباطهما، و إنما هى قائمه بين الالتزامين و الاعتبارين النفسيين، و إطلاقها على اللفظين إنما هو باعتبار إبرازهما للاعتبارين.

و من هنا فلا عبره بالفصل بين اللفظين و عدمه، و إنما العبره بارتباط الالتزامين. فإذا كان الالتزام الأوّل باقياً على حاله من دون أن يعرض الملتزم عنه إلى حين تحقق الالتزام من الثانى، بحيث تحقق الارتباط بين الالتزامين، صحت

المعاقده حتی و لو کان الفصل بین اللفظین طویلًا.

نعم، لو أعرض الطرف الأوّل عن التزامه قبل التزام الطرف الآخر، لم یکن لالتزامه بعد ذلک أثر، لعدم تحقق الارتباط بینهما. فإنه حین وجود الالتزام من الأوّل لم یکن الالتزام من الثانی متحققاً، و حین تحقق الالتزام من الثانی لم یکن التزام الأوّل موجوداً.

و بعباره اخری: إن اعتبار التوالی من حیث الزمان لا دلیل علیه و لا عبره به، و إنما العبره بصدق المعاقده. و لما کانت هی قائمه بین الالتزامین، کفی تحقّق الثانی فی حین بقاء الأوّل و قبل رفع الید عنه، حیث یتحقق الارتباط بینهما.

(۱) کما یظهر ذلک جلیاً مما تقدّم فی المسأله السابقه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۴۶

فإنّه یصدق علیه المعاقده (۱).

[مسأله ۱۱: و یشترط فیه التنجیز کما فی سائر العقود]

[۳۸۴۴] مسأله ۱۱: و یشترط فیه التنجیز (۲) کما فی سائر العقود، فلو علّقه علی شرط أو مجی ء زمان بطل. نعم، لو علّقه علی أمر محقق معلوم کأن یقول: (إن کان هذا یوم الجمعه زوجتک فلانه) مع علمه بأنّه یوم الجمعه صحّ، و أمّا مع عدم علمه فمشکل.

---

(۱) بل قد عرفت أن صدق المعاقده لا یتوقف علی عدم الفصل بین الإیجاب و القبول، و إنما یکفی تحقق الالتزام من الطرف الآخر فی زمن وجود الالتزام من الأوّل.

(۲) و تفصیل الکلام أن یقال: إن التعلیق قد یکون علی أمر یکون إنشاء ذلک العقد معلّقاً علیه قهراً، سواء أذکره المنشئ أم لم یذکره، کالزوجیه فی الطلاق و الملکیه فی البیع. فهو لا یضر بالإنشاء جزماً، فإن وجوده و عدمه سیان.

و قد یکون علی أمر معلوم الحصول فعلًا، أو معلوم الحصول فی المستقبل، لکن علی نحو الواجب المشروط بالشرط المتأخر، کما لو علّق الزوجیه

على حصول النهار غداً. و هو كالسابق لا يضرّ بصحّه العقد و وجوده كعدمه، فإن اعتبار الزوجيه حاصل من دون تعليق على شى ء، باعتبار أن المعلّق عليه حاصل و معلوم بالوجدان. و لا يحتمل تحقق الإجماع المدعى على البطلان فيه.

و قد يكون على أمر معلوم العدم، أو مشكوك العدم، مع كونه حين الإنشاء معدوماً واقعاً. و فيه لا ينبغى الشك فى بطلانه، سواء اعتبرنا التنجيز أم لم نعتبره، لعدم تحقّق المعلّق عليه على الثانى.

و قد يكون على أمر متأخِّر معلوم الحصول فى المستقبل، على نحو الواجب المشروط بالشرط المقارن، بحيث تكون الزوجيه أو الملكيه من حين حصول المعلق عليه. و هذا هو الذى قد ادعى فى الكلمات التسالم على عدم صحته بعد استثناء الوصيّه و التدبير منه، حيث لا تحصل الملكيه فيهما إلّا متأخراً عن الإنشاء و بعد الموت.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۴۷

....

هذا و قد يتوهّم أنّ الإجازه المتأخره، بأن يؤجر الإنسان فعلًا داره من بعد شهر مثلًا، من هذا القبيل.

إلّا أنه واضح الفساد. فإن الإجازه بالنسبه إلى المنافع الآتيه إنما هى أشبه شى ء بالواجب المعلق، حيث إن التمليك فيها إنما يكون من الآن، غايه الأمر أن متعلق الملكيه و المملوك متأخر عن الإنشاء زماناً.

و قد يكون على أمر مشكوك الحصول، سواء أ كان أمراً فعلياً أم متأخراً. و قد حكم الأصحاب فيه بالبطلان أيضاً، بلا فرق بين أن يكون التعليق من قبيل الشرط المتأخر أو الشرط المقارن.

هذا و قد ذكر فى وجه البطلان فى الأوّل: أن الوجود و الإيجاد و إن كانا أمرين متغايرين بحسب الاعتبار، لكنهما فى الواقع أمر واحد و حقيقه واحده، و إن الاختلاف بينهما إنما ينشأ من حيث

إضافه هذا الأمر الواحد، فإنه إن أَضيف إلى الماهيه عبّر عنه بالوجود، و إن أَضيف إلى الفاعل عبّر عنه بالإيجاد، فاختلافهما إنما هو بالاعتبار خاصه، و إلّا فهما عنوانان لشی ء واحد و متّحدان واقعاً.

و من هنا فلا مجال للفصل بينهما، بحيث يقال بتحقق الإيجاد دون تحقّق الوجود فإنه أمر ممتنع لاستلزامه الخلف.

و فيه: مضافاً إلى أنه لو تمّ فهو إنمـا يختص بالأُمور الحقيقيه و لا يأتی فی شـی ء من الأُمور الاعتباريه التی منها المقام، حيث إن الأـمر فيها سـهل المئونه فلا مانع من اعتبار الإيجاد بالفعل و الوجود متأخراً عنه، أنه مبنی على كون الإنشاء إيجاداً للمعنى باللفظ. لكنك قد عرفت بطلانه مفصلًا فی المباحث الأُصوليه، و أن الإنشاء إنما هو إبراز لما فی النفس على حد الإخبار، و إن اختلفا فی قصد الحكايه و عدمه. و عليه فكما يصح تعلق الإخبار بأمر متأخر يصحّ إنشاء الأمر المتأخر أيضاً، فيعتبر بالفعل الزوجيه غداً و هو أمر معقول و ممكن، و أدلّ دليل على إمكانه هو وقوعه فی الخارج كما هو الحال فی الوصيّه و التدبير على ما عرفت.

هذا بالنسـبه إلى البطلان فی التعليق على أمر متأخر معلوم الحصول على نحو الشرط المقارن. و أما بالنسبه إلى البطلان فی التعليق على أمر مشكوك الحصول، فقد

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ١٤٨

....

قيل فی وجهه بأن الإيجاد لما كان هو الوجود بعينه فی الحقيقه، فلا معنى للتعليق فيه فإنّ الشـی ء إمّا هو موجود و إمّا هو معدوم، و لا يمكن فرضه موجوداً على تقدير و غير موجود على تقدير.

و بعباره اخرى: إنه لا وجه لإيجاد القيام مثلًا على تقدير دون تقدير، و إنما هو إمّا متحقق على

كل تقدير، و إمّا غير متحقِّق كذلك.

إلّا أنّ جوابه قد ظهر مما تقدّم، إذ لا- إيجاد فى المقام كى يرد ما قيل، و إنما هو إبراز للاعتبار النفسانى، و هو كما يتعلق بأمر على كل تقدير يتعلق بأمر على تقدير دون تقدير، فيكون المعتبر هو الحصه الخاصه، و هو متحقق فى الإخبار أيضاً، فترى أنه يخبر عن طلوع الشمس فيما إذا كانت الساعه السادسه صباحاً مثلًا.

و من هنا فما ذكر من الدليل لا- يكفى فى القول بعدم إمكان هذا النحو من التعليق و اقتضائه للبطلان، بل لا بدّ فى إثباته من التماس دليل غيره.

هذا و يمكن أن يستدل على اعتبار هذا الشرط مضافاً إلى دعوى الإجماع على اعتباره، و هو ليس ببعيد أن مقتضى أصاله الفساد و عدم نفوذ العقد بعد كون مثل هذا العقد المعلّق غير متعارف لدى عامه الناس بل كونه مستنكراً لديهم، و دعوى انصراف أدله العقود إلى المتعارف فلا تشمله، هو اعتباره فى الصحّه.

و لو أغمضنا النظر عن ذلك، فيمكن الاستدلال عليه بجمله من النصوص الوارده فى النكاح و البيع و غيرهما من العقود، الظاهر فى لابدّيه ترتّب أثر العقد عليه بالفعل و بلا- فصل، إلّا ما خرج بالدليل كبيع الصرف، حيث يتوقّف ترتّب الأثر عليه فيه على القبض.

و هذه النصوص كقوله (عليه السلام) فى صحيحه أبان بن تغلب: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هى امرأتك، و أنت أولى الناس بها» «١». فإنها ظاهره فى أن الزوجيه و ترتب الأثر على عقد النكاح، إنما يكون بمجرد قولها: «نعم» من دون أن ينتظر تحقق شى ء آخر.

---

(١) الوسائل، ج ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١٨ ح ١.

....

و ما ورد فی شراء الأمه، من أن البائع إذا أخبر عن استبرائها أو كان البائع امرأه جاز وطؤها «۱». فإنها ظاهره فی أن الحكم مترتب علی مجرد شرائها و ملكيته لبضعها من دون توقف علی شی ء آخر.

و لا يبعد أن يدلّ عليه قوله (عليه السلام) فی صحيحه الحلبی، الوارده فيمن قال لامرأته إن تزوجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق: «أن رسول اللّه (صلّی اللّه عليه و آله و سلم) قال: من شرط شرطاً سوی كتاب اللّه عز و جل، لم يجز ذلك عليه و لا له» «۲». إذ من غير البعيد أن يكون المراد به هو الطلاق الشرطی بحيث تشترط المرأه الطلاق عند تحقق الشرط، لا توكيلها فی الطلاق بحيث يكون أمر الطلاق بيده، غايه الأمر تكون المرأه وكيله عنه فی إجزائه.

و الحاصل أن المستفاد من هذه النصوص، كون ترتب الأثر علی العقد فعلياً و بمجرّد تماميته من دون انتظار لشی ء آخر، و من هنا فيعتبر التنجيز فی العقود مراعاه لظهور النصوص المتقدِّمه.

و كيف كان، فاعتبار التنجيز متسالم بين الأصحاب، لكن من غير الخفی أن اعتباره إنما يختص بالعقود المعاوضيه و ما يشبهها.

و أما العقود الإذنيه كالوكاله و ما شابهها، فالظاهر أنه لا مانع من تعليقها علی الأُمور الفعليه و الآتيه، معلومه الحصول أو مشكوكته، كاشتراط الزوجه الوكاله فی الطّلاق عند تزوّج الرجل بغيرها، أو التوكيل فی بيع الدار إذا صادف له السفر، أو غير ذلك من القيود. فإنه أمر متعارف بل واقع فی الخارج كثيراً و لا يعتبر من المستنكرات لدی العرف، فتری أن الصديق يقول لصديقه: أنا مسافر غداً مثلًا فإن لم أرجع إلی شهر فأنت وكيلی فی بيع داری،

و ما شاكل ذلك.

و لعلّ الوجه فيه أن الوكاله لا تحتاج إلّا إلى رضا المالك خاصه، و هو متحقق مع التعليق على حد تحققه مع التنجيز.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۸ كتاب التجاره، أبواب بيع الحيوان، ب ۱۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب ۱۸ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۵۰

[مسأله ۱۲: إذ أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته]

[۳۸۴۵] مسأله ۱۲: إذ أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعاده على الوجه الصحيح (۱) و إن أراد الفراق فالأحوط الطلاق [۱] (۲) و إن كان يمكن التمسك بأصاله عدم التأثير فى الزوجيه (۳).

و لا نظنّ فضلًا عن القطع قيام الإجماع على بطلانه، بل قد صرح المحقق القمى (قدس سره) فى جامع الشتات بصحّه التوكيل المعلق فى طلاق زوجته، و نسب ذلك إلى السبزوارى و الملّا أحمد و الظاهر أنه الأردبيلى (قدس سره)- «۱».

(۱) إذ ليس لهما ترتيب آثار الزوجيه ما لم يحرزا الصحّه، فراراً من الوقوع فى المخالفه الاحتماليه من غير عذر.

(۲) كى يحصل اليقين بانتفاء الزوجيه بينهما.

(۳) ما أفاده (قدس سره) ينافى كون الاحتياط لزومياً. فإن الاحتياط قد يكون حكماً ظاهرياً للمجتهد، كما فى موارد العلم الإجمالى، أو موارد الشبهه قبل الفحص و فيهما لا- يمكن الرجوع إلى أصاله العدم، لاختصاصها بغيرهما، فالرجوع إليها و التمسك بها يخرج المورد عن كونه من موارد الاحتياط اللزومى.

و قد لا يكون الاحتياط كذلك، بأن يعلم المجتهد بالحكم إلّا أنه لا يريد إبداءه و إظهاره للناس لمانع خارجى، كحفظ المصالح العامّه أو ما شابهه. و حينئذ فتكون وظيفه العامى هو الاحتياط لا محاله، لتنجز الواقع فى حقه، باعتبار أنه يعلم بالتكاليف إجمالا أيضاً، و لا طريق

له إلى فتوى المجتهد كما هو المفروض. و ليس له الرجوع إلى أصاله عدم تأثير العقد، باعتبار أن إجراء الأصول فى الشبهات الحكميه إنما هو من وظيفه المجتهد خاصه.

و من هنا فينحصر أمر الفراق بينهما بالطلاق لا غير، لعدم انسجام التمسك بالأصل مع كونه من موارد الاحتياط اللزومى، من دون أن يمكن الجمع بينهما.

---

[۱] هذا الاحتياط لا يُترك.

---

(۱) جامع الشتات ۲: ۴۵۳.

و إن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستحبابى، فمع إراده البقاء الأحوط الاستحبابى إعادته على الوجه المعلوم صحته، و مع إراده الفراق فاللازم الطلاق.

[مسأله ۱۳: يشترط فى العاقد المجرى للصيغه الكمال بالبلوغ و العقل]

[۳۸۴۶] مسأله ۱۳: يشترط فى العاقد المجرى للصيغه الكمال بالبلوغ و العقل، سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكاله أو ولايه أو فضولًا.

فلا اعتبار بعقد الصبى (۱)

---

(۱) بلا خلاف و لا إشكال فيه إذا كان مستقلا فى التصرف.

و تدلُّ عليه، مضافاً إلى قوله تعالى «وَ ابْتَلُوا الْيَتامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ» «۱» حيث جعل اللّٰه سبحانه الغايه فى دفع المال إلى الصبى بلوغه و الرشد، و من الواضح أن مقتضاه عدم جواز دفع أمواله إليه قبل البلوغ حتى و لو كان رشيداً، و عدم جواز تصرفاته فيها.

ما ورد فى بعض النصوص من أن وضع القلم على الصبى إنما يكون بعد احتلامه و بلوغه، حيث إن مقتضاه كون عمله قبل ذلك كلا عمل، فلا يلزم بشى ء كما لا يؤاخذ على شى ء منها، كموثقه عمار الساباطى عن أبى عبد اللّٰه (عليه السلام)، قال: سألته عن الغلام، متى تجب عليه الصلاه؟ قال: «إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصّلاه، و جرى عليه

القلم،

و الجاریه مثل ذلک ...» «۲».

و معتبره عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: سأله أبی و انا حاضر عن الیتیم متی یجوز أمره؟ قال «حَتّی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشدّه؟ قال: «احتلامه» «۳». و هذه الروایه رواها صاحب الوسائل (قدس سره) عن أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ من دون ذکر ابن سنان، غیر أنه من سهو القلم أو السقط فی الاستنساخ قطعاً، و الصحیح ما ذکرناه علی ما هو المثبت فی المصدر، أعنی کتاب

---

(۱) سوره النساء ۴: ۶.

(۲) الوسائل، ج ۱ کتاب الطهاره، أبواب مقدمه العبادات، ب ۴ ح ۱۲.

(۳) الوسائل، ج ۱۸ کتاب الحجر، ب ۲ ح ۵.

....

خویی، سید ابو القاسم موسوی، موسوعه الإمام الخوئی، ۳۳ جلد، مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

الخصال «۱».

و کیف کان، فالروایه معتبره، فإن أبا الحسین هذا هو آدم بن المتوکل الثقه. و هی دالّه علی توقّف جواز أمر الغلام و مضیه علی کون صدوره حال البلوغ، فلو لم یکن کذلک فلا ینفذ و لا عبره به.

ثمّ إن مقتضی إطلاقات هذه النصوص و أدلّه رفع القلم، عدم الفرق فی الحکم بین کون الفعل الصادر منه علی نحو الاستقلال بإذن من الولی و عدمه، فیحکم فیهما معاً بالبطلان، و لعله متسالم علیه بینهم.

هذا کلّه فی فرض استقلاله بالتصرف. و أما إذا کان الصبیّ مجریاً للصیغه خاصّه بأن کان العقد بین الولی و الطرف الآخر الکامل، فهل یحکم ببطلانه أم لا؟

قد يقال بالأوّل، بدعوى أن المستفاد من النصوص أن الصبيّ مسلوب العباره و أنها كاللّفظ الصادر

من الحيوان.

إلّا أنّ الظاهر هو الثانى، إذ ليس فى المقام ما يـدلّ على سلب عباره الصبى، فإنّ النصوص المسـتدلّ بها كلها وارده فيما هو أمر للصبى نفسه، فلا تشمل ما إذا كان الأمر للولىّ و البالغ، غايه الأمر كان الصبى مجرياً للصيغه خاصّه.

نعم، ورد فى بعض النصوص المعتبره، كصحيحه محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «عمد الصبى و خطأه واحد» «۲» فقد يقال بأنها تدل على كون الصبى مسلوب العباره، و إنه لا يترتب على فعله أى أثر.

و هـذا المضـمون و إن كـان مـذيلًا فى بعض النصـوص بقـوله (عليه السـلام): «تحمله العـاقله» و هو ظـاهر فى اختصـاصه بموارد الجنايـات و لاـ تشـمل المقـام، إلّـا أن بعضـها الآخر لما كان خالياً عن هـذا الـذيل، كان مقتضـى إطلاقه عموم الحكم لغير مورد الجنايه من أفعال الصبى. و لا وجه للقول بتقييد الإطلاق بما تقدّم، إذ لا منافاه بينهما.

لكنّه مدفوع بأنّ المذكور فى هذه النصوص إنما هو: «عمد الصبى و خطأه واحد»

---

(۱) الخصال: ۴۹۵.

(۲) الوسائل، ج ۲۹ كتاب الديات، أبواب العاقله، ب ۱۱ ح ۲.

و لا المجنون و لو كان أدوارياً حال جنونه (۱) و إن أجاز وليّه أو أجاز هو بعد بلوغه

لاـ أنّ (عمـد الصبى لاـ عمـد) و بينهما بون بعيـد. إذ الثانى ظاهر فى المـدعى بخلاف الأوّل، حيث إن ظاهره أن حكم عمل غير الصبى إذا كان ينقسم بلحاظ العمد و الخطأ فهو متّحد بلحاظ الصبى دائماً، و عليه فيختص النص بالجنايات لا محاله، لكن لا من باب التقييد و إنما من جهه أن اختلاف حكم العمد و الخطأ فى غير الصبيان إنما يختص بالجنايات، و

أما غيرها فليس للخطائى منها أثر كى يقال إنهما واحد بالنسبه إلى الصبى.

على أنه لا مجال للمساعده على هذا النص بإطلاقه، فإنّ لازمه عدم قدح التكلم العمدى و الأكل العمدى فى صلاه الصبىّ و صيامه، و هو مما لا يمكن الالتزام به.

إذن فهذه الروايات ناظره إلى الجنايات خاصّه، و لا تعمّ المقام.

و من هنا فالصحيح هو الحكم بصحّه عقد الصبىّ، فيما إذا كان دوره منحصراً فى إجراء الصيغه خاصّه.

و ممّا يؤيِّد ذلك روايه إبراهيم بن أبى يحيى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «تزوّج رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) أُم سلمه، زوّجها إياه عمر بن أبى سلمه و هو صغير لم يبلغ الحلم» «١».

و هى و إن كانت دالّه على أن الصبى غير مسلوب العباره، إلّا أننا قد جعلناها مؤيده لما تقدّم، نظراً لضعف سندها ب (سلمه بن الخطّاب) حيث لم يرد فيه توثيق.

(١) بلا خلاف فيه، لعدم تحقق القصد منه أصلًا، حيث لا يلتفت إلّا إلى اللّفظ و أما المعنى الإنشائى له فلا التفات له إليه، فيكون حاله حال سائر الحيوانات حيث لم يصدر منه عقد. و على تقدير تحقق القصد منه، فلا ينبغى الشك فى انصراف أدله نفوذ العقود عنه، إذ العقلاء انما يتعاملون معه معامله الحيوان نظير الصبى غير المميز، فلا يترتّب على عقده أثر.

---

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١۶ ح ١.

أو إفاقته، على المشهور، بل لا خلاف فيه. لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمّل [١] (١) لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعربيه، و علم قصده حقيقه، و

حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا. و كذا إذا كان لنفسه بإذن الولى، أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ (٢).

و كذا لا اعتبار بعقد السّكران، فلا يصح و لو مع الإجازه بعد الإفاقه (٣). و أما

---

(١) بل منع، إذ غايه ما يستفاد من النصوص المتقدِّمه أن عقد الصبى لا يكون نافذاً بالنسبه إلى نفسه. و أما بالنسبه إلى غيره فلا دليل على عدم نفوذه بعد فرض أنه ليس مسلوب العباره، فإنه حينئذ ليس من أمر الصبى الوكيل، بل العقد مستند إلى الموكل حقيقه، فيكون الأمر أمره. و معه فمقتضى عمومات أدله الوفاء بالعقد نفوذه.

و بعباره اخرى نقول: إنه لا- دليل على اعتبار البلوغ فى الوكيل، بل يجوز أن يكون صبيّاً إذا كان مميِّزاً عاقلًا، و الروايات الوارده فى المقام غير شامله للمورد، إذ الصبى حينئذ غير مأخوذ بالعقد و إنما المأخوذ به هو الموكل خاصه، فإن الأمر أمره و العقد عقده، فتشمله عمومات الوفاء بالعقد.

(٢) إذ البطلان فى المقام ليس بمعنى إلغائه كليه، و إنما هو بمعنى عدم التأثير ما دام متصفاً بكونه عقد الصبىّ، فإذا ارتفع الوصف و انتفى المانع بالبلوغ و الإجازه فلا مانع من الالتزام بصحّته، كما هو الحال فى عقد المكره.

و كذا الحال لو أجازه الولىّ، لإضافه العقد حينئذ إليه، فيكون كأنه هو العاقد، نظير إجازه المولى لعقد عبده، أو المالك لعقد الفضولى.

(٣) و محلّ الكلام هو الفاقد للشعور و العقل بحيث يكون مجنوناً مؤقتاً و بالعارض فإنّه حينئذ يحكم ببطلان عقده، لعدم تحقّق قصد المعنى و الاعتبار منه. و على تقدير تحقّقه، فالعقلاء لا يعتبرون ذلك و لا يرتبون عليه أثراً، لأنه هذيان نظير تكلّم النائم.

---

[١] بل منع.

موسوعه

عقد السّکری إذا أجازت بعد الإفاقه ففیه قولان، فالمشهور أنه کذلک. و ذهب جماعه إلی الصحّه (۱) مستندین إلی صحیحه ابن بزیع (۲) و لا بأس بالعمل بها (۳)

و من هنا فلا تشمله أدله نفوذ العقود، لانصرافها عنه جزماً.

و علیه فحیث یعتبر هذا العقد کالعدم، فلا تنفعه لحوق الإجازه بعد ذلک، لأنها إنما تنفع فیما إذا لم یکن العقد قاصراً فی نفسه، بحیث یکون مستجمعاً لجمیع شرائط الصحّه عدا صدوره ممن له الأمر.

و کیف کان، فالحکم لا ینبغی الإشکال فیه، و إن کان یظهر من المحقق و صاحب الجواهر (قدس سرهما) وجود الخلاف فیه بین الأصحاب «۱».

(۱) کالشیخ «۲» و أتباعه «۳» و صاحب الحدائق «۴» و صاحب الوسائل «۵».

(۲) قال، سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن امرأه ابتلیت بشرب النبیذ فسکرت فزوجت نفسها رجلًا فی سکرها، ثمّ أفاقت فأنکرت ذلک، ثمّ ظنت أنه یلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل علی ذلک التزویج، إحلال هو لها أم التزویج فاسد لمکان السکر و لا سبیل للزوج علیها؟ فقال: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها». قلت: و یجوز ذلک التزویج علیها؟ قال: «نعم» «۶».

(۳) بل هو متعین، و إن کان مضمونها مخالفاً للقاعده. فإنها من حیث السند صحیحه، و من حیث الدلاله واضحه، و لم یثبت إعراض الأصحاب عنها کی یقال بأنه موجب لطرحها، فقد عمل بها جماعه کما عرفت.

---

(۱) شرائع الإسلام، الجواهر ۲۹: ۱۴۴.

(۲) النهایه: ۴۶۸.

(۳) مختلف الشیعه ۷: ۱۳۰ ۱۳۱.

(۴) الحدائق ۲۳: ۱۷۵.

(۵) الوسائل ۲۰: ۲۴۹.

(۶) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۴ ح ۱.

و

إن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها [۱] (۱) على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول. مع أن المشهور لم يعملوا بها، و حملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط.

[مسأله ۱۴: لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلًا عن الغير فى إجراء الصيغه]

[۳۸۴۷] مسأله ۱۴: لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلًا عن الغير فى إجراء الصيغه (۲) أو أصيلًا مع إجازه الولى (۳). و كذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغه للغير (۴) أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك (۵).

---

(۱) ما ذكر من المحامل خلاف الفهم العرفى، فلا يصار إليها إلّا بالدليل و هو مفقود.

(۲) فإن الحجر عليه إنما يختص بتصرفاته فى أمواله على نحو الاستقلال، و ليس بمسلوب العباره قطعاً.

(۳) لما عرفت من اختصاص الحجر عليه بصوره الاستقلال.

(۴) كما لو طلب العاقد أجراً على العقد، فأكره الزوجان أو أحدهما على إجرائه مجاناً.

و الوجه فيه إطلاقات نفوذ العقد بعد عدم شمول حديث نفى الإكراه له، باعتبار أن العقد لا أثر له بالنسبه إلى المكره نفسه بالمره، إذ المعاقده إنما هى بين شخصين غيره فيحكم بتأثير العقد و صحّه الالتزام من الطرفين و إن كان المجرى للصيغه مكرهاً.

(۵) على ما هو المعروف و المشهور بينهم.

و قد ناقش فيه بعضهم، بأن العقد لما كان حين وقوعه محكوماً بالفساد، فصحته بعد ذلك تحتاج إلى الدليل و هو مفقود.

و لا يقاس ذلك بالبيع و النكاح الفضوليين، فإن العقد حين وقوعه فيهما لا يكون مستنداً إلى من له الأمر و الولايه، و إنما رضاه بهما و إجازته لهما بعد ذلك، يوجب استناد ذلك العقد الواقع سابقاً إليه و انتسابه له من حين الرضا و الإجازه، فيحكم

---

[۱] هو بعيد جدّاً، و العمده دعوى

إعراض المشهور، و هی غیر ثابته لعمل جماعه من المتقدِّمین بها، علی أنّ کبری هذه الدعوی غیر ثابته.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۵۷

....

بصحته. و هذا بخلاف المکره، حیث یستند العقد إلیه من حین وقوعه، فیقال: باع فلان داره مکرهاً، أو اشتری کذلک.

و من هنا فإذا کان العقد المنتسب إلیه حین وقوعه محکوماً بالفساد، فصحته بعد ذلک تحتاج إلی الدلیل، و حیث لا دلیل علیها فی المقام یحکم بفساده لا محاله.

و فیه: أن دلیل الفساد فی المقام لا یدلّ علیه بنحو الإطلاق، و إنما هو یقتضیه ما دام الموضوع أعنی کون العاقد مکرهاً موجوداً، فإذا ارتفع هذا العنوان و انتفی هذا الموضوع حکم بصحّه العقد لا محاله، إذ العقد لیس هو الإیجاب و القبول کی یقال إنه أمر حادث و قد انعدم فلا مجال للحکم بصحته، و إنما هو الالتزام بالاعتبار عن الرضا و الاختیار. فإذا لم یکن ذلک مشمولًا لعموم أدله نفوذ العقد ابتداءً، لکونه مشمولًا لأدلّه فساد عقد المکره، لم یمنع ذلک من الحکم بصحته استمراراً، بعد ارتفاع العنوان الموجب لانتفاء شمول دلیل الفساد له، فتشمله أدلّه النفوذ لا محاله.

توضیح ذلک: أن دلیل الفساد فی عقد المکره قاصر عن إثبات الفساد حتی فی فرض الرضا بالعقد بعد ذلک، فإنّ حدیث الرفع وارد مورد الامتنان، فلا یقتضی إلّا الحکم بفساده ما دام الإکراه باقیاً، فإذا ارتفع ذلک حکم بصحته، لارتفاع المقتضی و کون بقاء الحکم بالبطلان منافیاً للامتنان.

و لأجل هذا ذکرنا فی محله أن هذا الحکم لا یجری فی مورد الاضطرار، فیحکم بصحّه عقد المضطر و ترتب جمیع الأحکام الوضعیه علیه، نظراً إلی أن الحکم بالبطلان لحدیث الرفع موجب لوقوع المکلف فی المشقه الشدیده،

و هو منافٍ للامتنان.

لاـ يقال: إنّ هـذا الكلام و إن تمّ فی الزواج و نحوه، حیث کان الـدلیل علی فساده فی صوره الإکراه هو حـدیث نفی الإکراه، إلّا أنه لا یتمّ فی مثل البیع و نحوه، مما یکون الـدلیل علی فساده قصور دلیل الصحّه من الأوّل لکونه مقیـداً بالتراضـی، علی ما دلّت علیه الآیه المبارکه «۱» بناءً علی کون الاستثناء فیها متصلًا، فإنّ مقتضاه هو الحکم

---

(۱) سوره النساء ۴: ۲۹.

....

ببطلان کل عقـد إلّا الـذی کان عن تراضٍ. و حیث إن العقـد فی المقام لم یکن عن تراضٍ حین صـدوره، یحکم بفساده حتی و إن رضی به بعد ذلک.

فـإنه یقـال: إن المراد بالتجـاره لیس هو اللفـظ الإیجـاب و القبول و إنما المراد بها الالتزام بالمبادله نفساً، و هو و إن لم یکن عن الرضا حدوثاً، إلّا أنه بقاءً لما کان یصدق علیه التجاره عن تراضٍ حکم بصحته.

و یؤکد ذلک: أن المستثنی منه أکل المال بالباطل بجمیع أقسامه باطل، و الحال أن هذا الفرد لیس بباطل عند العقلاء جزماً. نظیر ما لو غصب متاعاً ثمّ رضی مالکه، فإنه ینقلب الغصب إلی الأمانه و نحوها.

إذن فالصـحیح فی المقام أن الحکم بالصـحّه لا یختص بالزواج و نحوه، بل هو عام لمثل البیع أیضاً، باعتبار أن قصور العقـد إنما هو من جهه الرضا خاصه، فإذا تحقق بعـد ذلک حکم بصـحته. نظیر التزوج ببنت أُخت الزوجه أو بنت أخیها من دون إذنها فإنها لو أذنت حکم بصحّه العقد کما تقدّم، لانتفاء المانع.

و بعباره اخری: إن الأمر فی المقام دائر بین رفع الید عن عموم أدلّه صحّه العقد و نفوذه، و الالتزام ببطلان عقد المکره

مطلقاً، فيكون ذلك تخصيصاً لها. و بين رفع اليد عن إطلاقات تلك الأدلّه المقتضيه لثبوت الحكم من الأوّل مستمراً، و الالتزام بالبطلان ما دام الإكراه متحققاً. فيتقدم الثانى لكونه الموافق للامتنان دون الأوّل.

ثمّ إن هذا كله مبنى على الالتزام بالنقل فى الرضا المتأخر، و إن الحكم بالصحّه إنما يكون من حين الرضا، كما ذهب إليه الشيخ (قدس سره). و أما بناءً على ما اخترناه من الكشف، فحديث الرفع غير شامل لمثل هذا العقد المتعقب للإجازه من الأوّل لكونه منافياً للامتنان.

و عليه فلا موجب للحكم بالبطلان، بل ينبغى الحكم بصحّه العقد من حين وقوعه، غايه الأمر أن الرضا يكون شرطاً متأخِّراً فيه.

و من هنا فلا يكون فى المقام تخصيص و لا تقييد، حيث لا حكم بالفساد عند لحوق الرضا واقعاً، و إن حكمنا به قبل لحوق الرضا ظاهراً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۵۹

[مسأله ۱۵: لا يشترط الذكوره فى العاقد]

[۳۸۴۸] مسأله ۱۵: لا يشترط الذكوره فى العاقد، فيجوز للمرأه الوكاله عن الغير فى إجراء الصيغه (۱) كما يجوز إجراؤها لنفسها (۲).

[مسأله ۱۶: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد]

[۳۸۴۹] مسأله ۱۶: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد (۳). فلو أوجب، ثمّ جنّ أو أُغمى عليه قبل مجى ء القبول، لم يصحّ. و كذا لو أوجب ثمّ نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّه. و كذا الحال فى سائر العقود. و الوجه عدم صدق المعاقده و المعاهده، مضافاً إلى دعوى الإجماع و انصراف الأدلّه.

---

(۱) لإطلاقات أدلّه التوكيل، حيث لا دليل على اعتبار الرجوليه فى الوكيل.

(۲) و يدلّ عليه مضافاً إلى عمومات و إطلاقات أدلّه النكاح قوله (عليه السلام) فى صحيحه أبان بن تغلب: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت و هى امرأتك، و أنت أولى الناس بها» «۱».

(۳) الكلام فى هذه المسأله يقع فى جهات:

الجهه الأُولى: فيما ذكره شيخنا الأنصارى (قدس سره) من اعتبار أهليه القابل للقبول حين الإيجاب «۲».

الجهه الثانيه: فى اعتبار اتصاف الموجب بالأهليه حين صدور القبول من القابل.

الجهه الثالثه: فی اعتبار استمرار أهلیه الموجب من حین الإیجاب إلی حین صدور القبول، بحیث لا تتوسط بینهما حاله عدم الأهلیه له.

أمّا الجهه الأُولی: فما أفاده (قدس سره) مما لا دلیل علیه، لأن عنوانی المعاهده و المعاقده المعتبرین فی العقود إنما یتوقفان علی أهلیه القابل للقبول حین القبول خاصه، و لا یتوقفان علی أهلیته له حین الإیجاب، فإنه إذا کان القابل حینه أهلًا له صدقت المعاهده و المعاقده و إن لم یکن کذلک حال الإیجاب، لأنهما لیسا إلّا ضمّ عهد إلی عهد آخر و عقد التزام إلی نظیره کعقده أحد الحبلین إلی آخر و هما صادقان

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح،

أبواب المتعه، ب ۱۸ ح ۱.

(۲) کتاب النکاح للشیخ الأنصاری ۲۰: ۹۰ طبع المؤتمر العالمی.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۶۰

....

مع أهلیه القابل له حین القبول خاصه أیضاً، فیقال إنهما تعاقدا و تعاهدا ما لم یرجع الأوّل عن التزامه.

و دعوی اعتبار ما أفاده (قدس سره) لا من جهه دخله فی عنوان المعاهده و المعاقده، بل من جهه الإجماع أو التعبد.

مدفوعه بأنه لا دلیل علیها، و عهدتها علی مدعیها.

و من هنا یظهر أنه لا وجه لدعوی انصراف الأدله عن مثل هذا العقد، فإنه کیف یمکن قبول هذه الدعوی بعد صدق المعاهده و المعاقده علیه، کما عرفت! بل الحکم کذلک حتی و لو کان القابل غیر أهل للتخاطب حال الإیجاب، کما لو کان مجنوناً أو نائماً، لصدق المعاقده و المعاهده علیه عند ضمّه لالتزامه فی حال أهلیته إلی التزام الطرف الأوّل، و بذلک تشمله عمومات و إطلاقات أدلّه الصحّه و النفوذ، بعد أن لم یثبت إجماع علی الخلاف أو انصراف.

و الحاصل أنه تکفی أهلیه القابل عند القبول خاصه و إن لم یکن کذلک عند الإیجاب، لصدق المعاهده و المعاقده، و عدم الدلیل علی اعتبارها حال الإیجاب.

و أمّا الجهه الثانیه: فالظاهر أنه لا ینبغی الإشکال فی اعتبار بقاء الموجب علی أهلیته حین صدور القبول من الطرف الآخر، باعتبار أن ارتفاع أهلیته یستلزم سقوط التزامه و زواله. و به لا- یتحقق عنوان المعاهده و المعاقده، فإنّ تحققه کما عرفت یتوقّف علی انضمام أحد الالتزامین بالآخر، فإذا فرض ارتفاع التزام الطرف الأوّل نتیجه عدم أهلیته له حین صدور الالتزام من الآخر، لم یکن لالتزام الآخر أثر بالمره. و من هنا فإذا مات الموجب قبل صدور القبول ممن له القبول، لم

تصدق المعاقده و لم يكن لقبوله بعد ذلك أثر.

بل الحال كـذلك لو نام الموجب، أو غفل عن التزامه بالكليه، أو حكم عليه بالحجر، لعـدم تحقّق المعاهـده، نظراً لعـدم انضـمام أحد الالتزامين إلى الآخر.

و أمّا الجهه الثـالثه: فالظـاهر أنه كالأوّل فى عـدم الـدليل على اعتبـاره، فإنّ توسط حاله عـدم الأهليه بين حالتى الأهليه فى حين الإيجاب و القبول، لا يضرّ بصدق

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۶۱

[مسأله ۱۷: يشترط تعيين الزّوج و الزّوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره]

[۳۸۵۰] مسأله ۱۷: يشترط تعيين الزّوج و الزّوجه (۱) على وجه يمتاز كل

المعاقـده و المعاهـده، إذ العبره فى صـدقهما إنما هى بانضـمام أحد الالتزامين إلى الآخر، كما عرفت. و حيث إن هذا متحقق فى المقـام، نظراً لبقـاء التزام الموجب بعـد حـاله عـدم الأـهليّه و حين القبول، فلا وجه للقول بعـدم صـدق المعاقـده مع وجود الحاله المتخلله.

هذا و مما يعضد ما ذكرناه السيره العقلائيه خارجاً، حيث نرى أنهم يلتزمون بصـحّه البيع أو الهبه أو ما شاكلهما من العقود، حتى مع تخلـل حاله عـدم الأهليه للموجب بين حالتى أهليته حين الإيجاب و أهليته حين القبول، كما لو كان البائع فى بلـد و المشترى فى آخر فكتب إليه بـالبيع أو مـا شـاكله، فـإنه يلتزم بالصـحّه فيه فيمـا إذا تعقب القبول ممن له ذلـك، و الحـال إنه لا تخلو هـذه الحالات من عروض عدم الأهليه للموجب و لا أقلّ من النوم.

نعم، فى مثل الجنون لا يبعـد القول بأنه مزيل للالتزام، فلا يؤثر القبول فى الصـحّه بعد ذلك، و ذلك لأنّ المجنون لا التزام له، و على فرض وجوده فهو فى حكم العدم بلا خلاف، فلا ينفع فيه القبول المتأخر.

ثمّ إن الظاهر أن الإغماء ملحق بالنوم دون الجنون، فإنه نوم حقيقه، غايه الأمر

أنه مرتبه قويه منه. و عليه فيحكم بصحّه العقد عند القبول بعد ذلک، لبقاء الالتزام الأوّل.

و الحاصل أن طرو ما يزيل الأهليه عن الموجب قبل تحقق القبول، لا يؤثر شيئاً فی صحّه العقد عند تحقق القبول، فيما إذا فرض بقاء الالتزام الأوّل و عدم زواله بعد زوال الأمر الطارئ.

نعم، لو فرض ارتفاع الالتزام الأوّل نتيجه طرو ما يزيل الأهليه، لم يكن للقبول المتأخر أثر فی صحّه العقد.

(۱) بلا خلاف فيه.

و الوجه فيه أن الزوجيه إنما تقوم بالأفراد الخارجيه من الرجال و النساء، كما يظهر ذلک من جمله من الآيات الكريمه، كقوله تعالى:

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۶۲

منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره.

فلو قال: (زوجتک إحدى بناتی) بطل (۱). و كذا لو قال: (زوجت بنتی أحد ابنيک) أو: (أحد هذين). و كذا لو عيّن كل منهما غير ما عيّنه الآخر (۲).

بل و كذا لو عيّنا معيّناً من غير معاهده بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر (۳). و أما لو كان ذلک مع المعاهده، لكن لم يكن هناک دالّ على ذلک من لفظ أو قرينه خارجيه مفهمه، فلا يبعد الصحّه (۴) و إن كان الأحوط خلافه.

«وَ أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ وَ الصّٰالِحِينَ مِنْ عِبٰادِكُمْ وَ إِمٰائِكُمْ» «۱» و قوله «فَانْكِحُوا مٰا طٰابَ لَكُمْ مِنَ النِّسٰاءِ» «۲» و غيرها. فإنّ مقتضى انحلال العموم فيها، جواز النكاح لكل فرد فرد من الإماء و النساء. و كذلک النصوص و السيره العقلائيه.

(۱) لعدم وجود تعيين حتى فی الواقع و علم اللّه. و الجامع بينهما و إن كان موجوداً إلّا أنه لا يصلح لترتب آثار الزوجيه عليه، كوجوب المجامعه فی كل

أربعه أشهر أو الإنفاق، و ما شاكلهما.

(٢) لعدم تحقق المعاهده، إذ لم ينضم التزام الموجب إلى التزام القابل، لعدم التطابق بينهما، نظراً لتعلّق كل منهما بغير ما تعلّق به الآخر.

(٣) و الوجه فيه يظهر مما تقدّم، إذ لم ينضمّ الالتزام من أحدهما إلى الالتزام من الآخر، لعدم التطابق بينهما، نظراً لاعتقادهما خلاف ذلك. و من هنا فلا تتحقق المعاهده بالنسبه إلى الشخص المعيّن، و مجرد الانطباق الخارجي لا يكفى فى تحقق المعاهده و صدقها، بعد عدم الانطباق بين الاعتقادين و الالتزامين.

(٤) بل لم يظهر وجه للبطلان فى المقام، فإن العبره فى صحّه العقد كما عرفت غير مرّه إنما هى بانضمام أحد الالتزامين بالآخر و وقوعهما لشخص واحد، مع إبراز ذلك بمبرز من دون اعتبار لاتحاد المبرزين. و هذا المعنى لما كان متحققاً فى المقام، حيث إن

---

(١) سوره النور ٢۴: ٣٢.

(٢) سوره النساء ۴: ٣.

و لا يلزم تمييز ذلك المعيّن عندهما حال العقد (١) بل يكفى التميز الواقعى مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: (زوّجتك بنتى الكبرى) و لم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنتين، لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم.

نعم، إذا كان مميزاً واقعاً، و لكن لم يمكن العلم به ظاهراً كما إذا نسى تاريخ ولادتهما و لم يمكنه العلم به فالأقوى البطلان [١]، لانصراف الأدلّه عن مثله (٢). فالقول بالصحّه و التشخيص بالقرعه، ضعيف.

[مسأله ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الإشاره أخذ بما هو المقصود]

[٣٨۵١] مسأله ١٨: لو اختلف الاسم و الوصف أو أحدهما مع الإشاره أخذ بما هو المقصود (٣) و الغى ما وقع غلطاً.

كلّاً من الالتزامين مرتبط و منضمّ إلى الآخر و هما معاً لشخص واحد، غايه الأمر أن المبرز

لكـل من الالتزامين يختلف عن المبرز للآخر، حكم بصـحته، فإن ذلك غير ضائر حتى مع عـدم القرينه بعـد علمهما بالاتحاد فلا وجه لتوهم البطلان فيه بالمره.

(۱) لإطلاق الأدلّه، على ما سيأتى توضيحه فى التعليقه الآتيه.

(۲) لم يظهر لنا وجه ذلک. فإن المرأه معينه واقعاً و العقـد واجد لجميع شـروط الصـحّه المعتبره فيه، و لا دليل على اعتبار التمييز فى مقـام الإثبـات، فـإنه لا ـ قائـل ببطلاـن العقـد فيمـا إذا حصل الاشـتباه فى الزوجه أو الزوج فور تماميه العقـد بعـد ما كان معيناً بالـذات، كمـا لو دخلت المرأه بعـد العقـد إلى مكان فيه أقرانها ثمّ ادعت كل واحـده منهن أنها هى المعقود عليها، بل لا يعرف لذلک موجب بعد أن كان مقتضى إطلاقات الأدلّه هو الصحّه، إذ لم يرد على شى ء منها تقييد بالمعلوميه فى مقام الإثبات.

نعم، لا بـدّ من رفع الاشـتباه و تعيين المعقود عليها، لترتب آثار الزوجيه عليه، إذ الجامع لا يصـلح لذلک. و حيث إن الترجيح بلا مرجح لا مجال للقول به، يتعيّن المصير إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و ما نحن فيه منه.

(۳) لأنه الملاک فى تطابق الالتزامين و عدمه، فإذا اتحد صح العقد، لتحقّق المعاهده

---

[۱] فى القوّه إشكال، بل الصحّه غير بعيده.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۶۴

مثلًا لو قال: (زوجتک الكبرى من بناتى فاطمه) و تبين أن اسمها خديجه، صحّ العقد على خديجه التى هى الكبرى.

و لو قـال: (زوّجتـک فـاطمه و هى الكبرى) فتبيّن أنها صـغرى، صـحّ على فاطمه، لأنها المقصود، و وصـفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى.

و كذا لو قال: (زوّجتک هذه و هى فاطمه) أو (و هى الكبرى) فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى، فإن المقصود

تزويج المشار إليها، و تسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

[مسأله ۱۹: إذا تنازع الزوج و الزوجه فى التعيين و عدمه]

[۳۸۵۲] مسأله ۱۹: إذا تنازع الزوج و الزوجه فى التعيين و عدمه، حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلًا، فالقول قول مدعى الصحّه [۱] (۱) كما فى سائر الشروط إذا اختلفا فيها، و كما فى سائر العقود.

من دون أن يؤثر الاشتباه فى الاسم أو الوصف أو الإشاره فى الصحّه.

(۱) و الدليل عليها هو أصاله الصحّه فى العبادات و المعاملات غير أنه قد تقدّم الكلام فى هذا الأصل فى المباحث الأُصوليه و بعض المباحث الفقهيه المتقدِّمه مفصّلًا و قد عرفت بما لا مزيد عليه أن هذا الأصل لم يدل عليه دليل لفظى من الكتاب أو السنّه، و إنما الدليل عليه منحصر بسيره المتشرعه المتصله بعهد المعصومين (عليهم السلام).

و من هنا فمع الشك فى ضيق هذه القاعده و سعتها بحسب الموارد، لا بدّ من الاقتصار على القدر المتيقن فيها، و هو ما إذا كان الشك فى الصحّه و البطلان من جهه عدم إحراز بعض الشروط، أو الشك فى اقترانه بمانع من الموانع الشرعيه، بعد إحراز أركان العقد و ما يعتبر فى أصل تحققه.

و أمّا مع الشك فى تحقق الأركان نفسها، فلا مجال للحكم بالصحّه تمسكاً بأصاله الصحّه، لعدم ثبوت السيره و البناء على الصحّه فى مثل المقام، كما لو شككنا فى كون

---

[۱] إذا كان النزاع فى وقوع العقد على المعين و عدمه كما هو ظاهر العباره لم يكن مجال للتمسّک بأصاله الصحّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۶۵

و إن اتّفقا الزّوج و ولىّ الزّوجه على أنهما عيّنا معيناً، و تنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البيّنه المرجع التحالف [۲] (۱) كما فى

سائر العقود.

المبيع خلّاً أو خمراً، فإنه لا تنفع أصاله الصحّه فى إثبات كونه خلّاً و من ثمّ إلزام البائع بدفع الخل.

و على هذا ففى المقام حيث إن الشك فى ركن من أركان العقد أعنى التعيين، فلا مجال لتقديم قول الزوج و إثبات كون المرأه المعينه هى الزوجه تمسّكاً بأصاله الصحّه بل لا بدّ على مدعى الزوجيه و التعيين من البيّنه و الإثبات على وفق الموازين المبيّنه فى مباحث القضاء.

و من هنا يظهر الحال فى سائر العقود غير النكاح، فإنّ الحال فيها هو الحال فيه.

(١) فإنّ كلّاً منهما يدّعى شيئاً و ينكر ما يدعيه الآخر، فالزوج مثلًا يدّعى زوجيه فاطمه و ينكر زوجيه خديجه التى يدعيها وليّها، و الولىّ يدعى زوجيه خديجه و ينكر زوجيه فاطمه التى يدعيها الزوج، فيكون المقام من التداعى. و مقتضى القاعده فيه أنه إن كانت لأحدهما بيّنه أُخذ ببيّنته و قُدِّم قوله، و إن لم يكن لهما بيّنه وصلت النوبه إلى التحالف، فإن حلف أحدهما خاصّه ثبت مدعاه، و إن حلفا معاً أو نكلا معاً سقطت الدعويان لعدم المرجح.

و هذا كله مما لا إشكال فيه. إنما الإشكال فيما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) و ادعى عليه الإجماع، من انفساخ الزوجيه فى فرض حلفهما معاً أو نكولهما كذلك و كأنه لم يكن عقد فى البين «١». فإنّ إثبات ذلك مشكل جدّاً، فإنه و إن لم يكن لأحدهما إلزام الآخر بلوازم الزوجيه ظاهراً، فليس للزوج إلزام المرأه التى يدعى زوجيتها بالتمكين، كما أنه ليس للمرأه الأُخرى إلزام الزوج بالنفقه و ما شاكلها من لوازم الزوجيه، إلّا أن ذلك كله لا يعنى انفساخ الزوجيه واقعاً على ما هو ظاهر

---

[٢] و يترتّب عليه سقوط

الـدعوى فقـط، فليس لكل من طرفى الـدعوى إلزام الآخر بما يـدّعيه و أمّا كون التحالف موجباً لانفساخ العقـد كما فى الجواهر فمحل منع، بل اللّازم على كل منهما أن يعمل بما هو وظيفته فى الواقع.

---

(١) الجواهر ٢٩: ١٥٣ ١٥۶.

نعم، هنـا صوره واحـده اختلفوا فيهـا، و هى مـا إذا كان لرجل عـده بنات فزوّج واحـده، و لم يسـمِّها عنـد العقـد، و لا عيّنها بغير الاسم، لكنه قصدها معينه، و اختلفا فيها. فالمشهور على الرجوع إلى التحالف (١) الذى هو مقتضى قاعده الدعاوى.

كلماتهم، فإنه لا دليل عليه بالمرّه.

و من هنا فلا بـدّ لكل منهما من ترتيب آثار الزوجيه على نفسه فى فرض العلم بصـدق مـدعاه واقعاً. فلو كان الزوج عالماً بصدق مدعاه من زوجيه المرأه المعينه له واقعاً، فلا بدّ من معاملتها معامله الزوجه فليس له أن يتزوج بأُمها أو أُختها أو الخامسه، و إن لم يمكنه إثبات مدعاه ظاهراً. و هكذا بالنسبه إلى المرأه التى تدعى زوجيتها للرجل.

و هذا الحكم لا يختص بباب النكاح، بل يجرى فى جميع أبواب العقود.

نعم، فى خصوص البيع قـد يسـتدلّ على الانفسـاخ الواقعى بـالنبوى: «إذا اختلف المتبايعـان ترادا» «١». إلّا أنهـا نبويه لم تثبت من طرقنا الخاصه، فلا تصـلح للاستدلال. على أنها غير مختصّه بالاختلاف من هذه الجهه، بل هى مطلقه، و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(١) الظاهر أن الأمر قد اشتبه على الماتن (قدس سره)، فإن فى المقام مسألتين تُشبه إحداهما الأُخرى لكنهما تختلفان فى الحكم.

أُولاهما: ما إذا وقع الخلاف بين الزوج و الأب فى المعيّنه، بعـد اتفاقهما على وقوع العقد على واحده معينه بالاسم أو الوصف أو الإشاره، فادعى الزوج أنّ المعيّنه

كانت هى الصغيره، و ادعى الأب أنها هى الكبيره.

و فيها لا خلاف و لا إشكال بينهم فى الرجوع إلى التحالف، كما لو كان الخلاف مع غير الأب من الأولياء، حيث إن المقام من باب التداعى كما هو واضح، و لم يذكر فى المقام قول بالتفصيل بين رؤيته لهنّ و عدمها فيما نعلم، بل و لم ينسب الخلاف فى ذلك إلى أحد.

---

(۱) سنن ابن ماجه ۲: ۷۳۷ ح ۲۱۸۶.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۶۷

....

ثانيتهما: أن لا تكون المعقوده عليها معيّنه بحسب الخارج بالاسم أو الوصف أو الإشاره بالنسبه إلى الزوج و الشهود، و إنما تكون هى متعيّنه لدى الأب خاصّه حيث قصد هو واحده بعينها فأجرى العقد عليها و قَبِل الزوج ذلك، ثمّ وقع الخلاف بينهما، فقال الأب: إنما زوجتك ابنتى الكبرى، و قال الزوج: إنما قبلت زوجيه بنتك الصغرى، و من ثمّ لم يحصل التطابق بين الإيجاب و القبول.

و فيها فالأصحاب على قولين:

التفصيل بين رؤيه الزوج لهن أجمع، فيكون القول قول الأب. و عدمها، فيحكم ببطلان النكاح، لصحيحه أبى عبيده الحذاء.

و البطلان تمسكاً بالقاعده، حيث عرفت أن أصاله الصحّه لا أثر لها فى مثل المقام بعد اطراح صحيحه أبى عبيده بدعوى إعراض الأصحاب عنها، أو لكونها من أخبار الآحاد كما عن ابن إدريس.

و ليس فيها قول بالتحالف لأحد على الإطلاق، بل لا موضوع له فى المقام، فإنه إنما يكون فى فرض وجود مدعيين و منكرين و ليس المقام منه، فإنّ كلّاً منهما إنما يخبر عمّا فى نفسه و ما نواه فى إيجابه أو قبوله، من دون أن يكون هناك إنكار لدعوى الآخر.

فما أفاده (قدس سره) من ذهاب المشهور فى المسأله إلى التحالف من خلط

هذه المسأله بالمسأله السابقه.

و كيف كان، فالصحيح فى هذه المسأله هو القول الأوّل، أعنى التفصيل بين رؤيته لهنّ و عدمها. فإنّ روايه الحذاء صحيحه سنداً و واضحه دلاله، و قد عمل بها جمله من الأصحاب، كالشيخ «١» و أتباعه «٢» و العلّامه «٣» و المحقِّق «۴» بل نسب فى الرياض العمل بها إلى الأكثر «۵». و حملها على بعض المحامل تعسف محض.

---

(١) النهايه: ۴۶٨.

(٢) انظر السرائر ٢: ۵٧٣.

(٣) قواعد الاحكام ٢: ۴.

(۴) شرائع الإسلام ٢: ٣٢٣.

(۵) رياض المسائل ٢: ٧٠.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١۶٨

و ذهب جماعه إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب و ما لم يرهن فالنكاح باطل. و مستندهم صحيحه أبى عبيده الحذاء (١) و هى و إن كانت صحيحه إلّا أن إعراض المشهور عنها، مضافاً إلى مخالفتها للقواعد، مع إمكان حملها على بعض المحامل، يمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا يخلو عن قوّه [١] (٢)،

فالمتعيّن هو الحكم بالتفصيل تعبداً، و رفع اليد عن القاعده للنص.

(١) قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوّج إحداهن رجلًا و لم يسمِّ التى زوّج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثه، فقال الزوج لأبيها: إنما تزوّجت منك الصغيره من بناتك، قال: فقال أبو جعفر (عليه السلام): «إن كان الزوج رآهن كلهن، و لم يسمِّ له واحده منهن، فالقول فى ذلك قول الأب، و على الأب فيما بينه و بين اللّه أن يدفع إلى الزوج الجاريه التى كان نوى أن يزوجها إياه عند عقده النكاح. و إن كان

الزوج لم يرهن كلّهنّ، و لم يسمَّ له واحده منهنّ عند عقده النكاح، فالنكاح باطل» «۱».

(۲) قد عرفت أن فی القوه إشكالًا بل منعاً، و مع ذلک فالاحتياط فی محلِّه.

---

[۱] إنّ هنا مسألتين قد خلط الماتن (قدس سره) بينهما: الأُولىٰ ما إذا اتّفق الزّوج و أبو البنات على وقوع العقد على بنت معيّنه ثمّ اختلفا فادّعى الأب أنها الكبرى مثلًا و ادّعى الزّوج أنها الصغرىٰ، ففی هذه المسأله ينتهی الأمر مع عدم البيِّنه إلى التحالف لا محاله بلا فرق بين رؤيه الزّوج إيّاهنّ و عدم رؤيته، و لم ينسب القول بالبطلان فيها فی فرض عدم الرؤيه و بتقديم قول الأب فی فرض الرؤيه إلى أحد. الثانيه ما إذا لم يتّفقا على وقوع العقد على امرأه معيّنه و اتّفقا على عدم التسميه و التعيين حال العقد فادّعى الأب أنه نوىٰ تزويج الكبرى و ادّعى الزّوج أنه نوى التزويج بالصغيره، ففی هذه الصوره حكم الشيخ و أتباعه و جمله من المتأخِّرين بل قيل: إنه الأشهر؛ بتقديم قول الأب فيما إذا رآهنّ الزّوج و بالبطلان فيما إذا لم يرهن عملًا بصحيحه أبی عبيده الوارده فی هذا الموضوع، و هذا هو الصحيح، و خالف فی ذلک الحلی فحكم بالبطلان على الإطلاق فإنه مقتضى القاعده و هو لا يعمل بأخبار الآحاد، و اختاره جماعه ممّن تأخّر عنه، و لم ينسب القول بالتحالف فی هذه المسأله إلى أحد بل لا معنىٰ له إذ لا تداعی فی المقام حتى ينتهی الأمر إلى التحالف.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۵ ح ۱.

و مع ذلک الأحوط مراعاه الاحتياط. و كيف كان،

لا يتعدّى عن موردها.

[مسأله ۲۰: لا يصحّ نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريته أو أُنوثيته]

[۳۸۵۳] مسأله ۲۰: لا يصحّ نكاح الحمل و إنكاحه و إن علم ذكوريته أو أُنوثيته، و ذلك لانصراف الأدلّه [۱] (۱). كما لا يصحّ البيع أو الشراء منه و لو بتولِّى الولىّ، و إن قلنا بصحّه الوصيّه له عهديه، بل أو تمليكيه أيضاً (۲).

---

(۱) الصحيح فى التعليل أن يقال: إنّ أدلّه المقام لا إطلاق لها يشمل الحمل، فإنّ الآيات الكريمه و النصوص الوارده فى النكاح جوازاً و منعاً، وارده فى الإنسان الخارجى، أعنى ما هو بالفعل متصف بالإنسانيه كالرجل و المرأه و الصغير و البالغ و العبد و الأمه، و من الواضح عدم صدق شى ء من هذه العناوين على الحمل.

إذن فليس هناك إطلاق يشمل الحمل، كى يدعى انصرافه عنه. و من هنا فيحكم بالبطلان، لعدم الدليل عليه من الكتاب أو السنه، و عدم جريان بناء العقلاء على إنكاح الحمل.

(۲) فإنه لا يمكن قياس التزويج بالوصيّه، حيث إن المعتبر فى الوصيّه لما كان هو وجود الموصى له، وقع الخلاف بينهم فى كفايه الوجود فى بطن الام حملًا، و عدمها و اعتبار وجوده فى الخارج. فمنهم من ذهب إلى الأوّل، لإطلاقات أدلّه الصحّه. و منهم من ذهب إلى الثانى، لاعتبار كون المالك إنساناً خارجياً، فلا ينفع كونه حملًا. و هذا بخلاف التزويج، حيث قد عرفت أن أدلّه النكاح قاصره الشمول للحمل نكاحاً و إنكاحاً.

ثمّ إنّ الفرق بين الوصيّه العهديه و التمليكيه فى الأثر، إنما يظهر فيما إذا حكمنا ببطلانها.

ففى الأوّل يحكم بلزوم صرف المبلغ الموصى به فى أقرب الأُمور بالفعل المعيّن و ذلك لعدم انتقاله إلى ملك الورثه حيث إن الإرث إنما يكون بعد الوصيّه، بل يبقى على ملك الميت بحكم قانون الوصيّه،

فإذا لم يمكن صرفه فی المورد المعیّن صرف فی أقرب الموارد بالقیاس إلیه.

---

[۱] الظاهر أنه لا یوجد إطلاق یعم نکاح الحمل حتی یدّعی انصرافه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۷۰

[مسأله ۲۱: لا یشترط فی النِّکاح علم کل من الزوج و الزوجه بأوصاف الآخر ممّا یختلف به الرغبات]

[۳۸۵۴] مسأله ۲۱: لا یشترط فی النِّکاح علم کل من الزوج و الزوجه بأوصاف الآخر (۱) ممّا یختلف به الرغبات، و تکون موجبه لزیاده المهر أو قلّته فلا یضرّ بعد تعیین شخصها الجهل بأوصافها. فلا تجری قاعده الغرر هنا (۲).

و هذا بخلاف الثانیه، حیث یرجع الموصی به إلی الورثه، نظراً لبطلان التملیک الذی حققه المیت فلم یکن قد خرج عن ملکه بذلک التصرف، و حیث إنه لم یبقه فی ملکه و لم یحبسه لنفسه لعدم وجود وصیّه اخری، یکون حاله حال سائر أمواله ینتقل علی حد باقی أمواله إلی ورثته.

(۱) بلا خلاف فیه و لا إشکال بین الأصحاب، بل ادعی فی الجواهر الضروره علیه «۱». و تدلّ علیه السیره القطعیه المتصله بعهد المعصومین (علیهم السلام)، فإنها قائمه علی الجواز من دون ردع.

(۲) هذه القاعده ثابته فی البیع بلا خلاف فیه، سواء تمّ النبوی المشهور (نهی النبیّ عن بیع الغرر) أم لم یتمّ. و أما شمولها لغیره من المعاملات، فهو مورد بحث و کلام بین الأصحاب، و لا دلیل علیه سوی ما ذکره العلامه (قدس سره) فی التذکره من (أن النبیّ (صلّی اللّه علیه و آله و سلم) نهی عن الغرر) «۲» لکنه لم یثبت.

و کیف کان، فلا مجال للتعدی إلی النکاح، لأنه لیس من العقود المعاوضیه التی یراد منها تبدیل الأعیان مع الاحتفاظ علی المالیه، و إنما هو علقه خاصه قائمه بین الرجل المعیّن و المرأه المعیّنه، و لذا یصح العقد من غیر مهر علی

الإطلاق. نعم، يثبت مهر المثل عند الدخول بها، إلّا أنه غير العقد، فإنه يصحّ من دونه.

و على هـذا الأسـاس لم يلتزم أحـد بثبوت الخيـار فى المهر له أو لهـا، فيما إذا تبين زياده المسـمّى عن مهر المثل أو نقصانه عنه، بدعوى الغبن.

---

(١) الجواهر ٢٩: ١٥٧.

(٢) تذكره الفقهاء ٢: ٥٨۴ ۵٨٧.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٧١

[فصل فى مسائل متفرِّقه]

اشاره

فصل فى مسائل متفرِّقه

[الأُولىٰ: لا يجوز فى النِّكاح دواماً أو متعه اشتراط الخيار فى نفس العقد]

[٣٨٥٥] الأُولىٰ: لا يجوز فى النِّكاح دواماً أو متعه اشتراط الخيار فى نفس العقد، فلو شرطه بطل (١).

فصل فى مسائل متفرقه

(١) بلاـ خلاف فيه، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات غير واحد من الأصحاب. و قـد نسب إلى بعضٍ القول بجوازه، إلّا أنه لم يعرف قائله. و يدلّ عليه:

أوّلًا: أن جعل الخيار إنما يصحّ فيما إذا كان اللّزوم من حقوق المتعاقدين أو أحدهما. و أما إذا كان ذلك من الأحكام الشـرعيه، فليس لهمـا اشتراط الخيـار، لأنه من تغيير الحكم الشـرعى و أمره بيـد الشـارع، و ليس للمكلف فيه صـلاحيه نفيـاً أو إثباتـاً نظير اشتراط اللّزوم فى العقود الجـائزه. و حيث إن اللّزوم فى النكـاح من الأحكام الشـرعيه، فإن الزواج مسـتمر إلى تحقق ما يرفعه من الموت أو الطلاق أو انقضاء المدّه أو الإبراء فى العقد المنقطع، فلا يرتفع باشتراط الخيار فيه. و الذى يكشف عن كون اللزوم فى النكاح من الأحكام، أنه لو كان من الحقوق لهما لوجب الالتزام بصحّه الإقاله فيه كما هو الحال فى البيع، و الحال أنها غير جائزه فيه بلا خلاف.

ثانياً: أن جعل الخيار لما كان يرجع إلى تحديـد المنشأ و توقيته بعـدم الفسـخ لامتناع الإهمال و عدم معقوليه الإطلاق و الشـمول

لما بعـد الفسـخ على ما تقدّم بيانه مفصـلًا فى كتاب البيع كانت الزوجيه مقيده و مؤقته بقبل الفسخ لا محاله، و إذا كانت كذلك حكم ببطلانه، لأن تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزياده و النقصان من أركان العقد المنقطع، و هو مفقود فى المقام بحسب الفرض، حيث إن تاريخ الفسخ مجهول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۷۲

و فى بطلان العقد به قولان. المشهور على أنه

باطل [۱]. و عن ابن إدريس أنه لا- يبطل ببطلان الشرط المذكور. و لا- يخلو قوله عن قوّه (۱) إذ لا- فرق (۲) بينه و بين سائر الشروط الفاسده فيه، مع أن المشهور على عدم كونها مفسده للعقد. و دعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد، بخلاف سائر الشروط الفاسده التى لا يقولون بكونها مفسده، كما ترى.

و بعباره اخرى: إن عقد الزواج لا- يخلو بحسب ما يستفاد من الأدله من قسمين: دائم، و منقطع، و لا- ثالث لهما. و الأوّل غير متصوَّر فى المقام، لاستلزام جعل الخيار التقييد. و الثانى يقتضى البطلان، لفقده ركناً من أركانه، و هو تحديد الأجل بنحو لا يقبل الزياده أو النقصان.

(۱) فى القوه إشكال بل منع، و الصحيح ما ذهب إليه المشهور.

و الوجه فيه يظهر مما تقدّم فى الوجه الثانى من وجهى بطلان الشرط نفسه، فإن الزوجيه حينئذ ليست بدائمه، لمكان جعل الخيار و ليس الأجل فيها محدوداً بحد معلوم و مضبوط، فيحكم بفسادها، نظير ما لو قالت: زوّجتك نفسى إلى مجى ء ولدى من السفر.

(۲) الفرق بين النكاح و غيره يظهر مما قدمناه. فإن هذا الشرط موجب لبطلانه من جهه استلزامه لفقد ركن من أركان العقد، و هذا لا- يأتى فى سائر العقود، حيث قد عرفت فيما تقدّم أنه إنما يرجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على العقد على وجود الشرط و تحققه، فلا يوجب فساده فساد العقد.

---

[۱] و هو الصحيح، و الفرق بينه و بين سائر الشروط الفاسده هو أنّ اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجيه بما قبل الفسخ لا محاله، و هو ينافى قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجل معلوم، و هذا بخلاف سائر الشروط الفاسده، فإنها

بحسب الارتكـاز العرفى لاـ ترجع فى خصـوص النكـاح إلى جعـل الخيـار على تقـدير التخلّف، و إنمـا ترجع إلى تعليق الاـلتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط، ففسادها لا يسرى إلى العقد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۷۳

و أمّا اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه (۱) و لكن لا بدّ من تعيين مدّته [۱] (۲). و إذا فسخ قبل انقضاء المدّه، يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل (۳). هذا فى العقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر. و أما فى المتعه حيث أنها لا تصحّ بلا مهر، فاشتراط الخيار فى المهر فيها مشكل (۴).

[الثانيه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فصدّقته]

[۳۸۵۶] الثانيه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فصـدّقته، أو ادعت امرأه زوجيه رجل فصدّقها، حكم لهما بذلك فى ظاهر الشـرع، و يترتب جميع آثار الزوجيه بينهما، لأنّ الحق لا يعدوهما (۵)

---

(۱) بلا خلاف فيه. و الوجه فيه أن المهر ليس بركن فى العقد، و لذا يصحّ من دونه ابتداءً، فلا محذور فى جعل الخيار فيه.

(۲) لم يظهر لنا وجه هـذا الاشتراط، فإنه لا فرق بين النكاح و غيره من العقود حيث يصـحّ جعل الخيار فيه من غير اشتراط لتعيين المده.

نعم، يعتبر فيه أن لاـ يكون مجهولًا مطلقاً و مبهماً من جميع الوجوه، بأن يجعل لنفسه الخيار فى ساعه ما فقط من غير تعيين لتلك السـاعه، فإنه يبطل لعـدم قابليته للجعل، باعتبار أنه لا واقع له و لا تعيين حتى فى علم اللّه سـبحانه. و أما لو كان معيناً نوع تعيين و لو بجعله إلى الأبد و ما داما حيين، فلا مانع من الالتزام بصحته من دون اعتبار لتحديده زماناً بحدّ معين و مضبوط. و لعل هذا هو مقصود

الماتن (قدس سره) فی المقام.

(۳) فیما إذا دخل بها و لم یتراضیا علی مسمّی غیر الأوّل.

(۴) بل ممنوع، لأن مرجعه إلی دوران العقد بین وجود المهر فیه و خلوه عنه، و هو موجب للبطلان فیه، لاعتبار ذکر المهر و الأجل فیه إجماعاً.

(۵) کما تقتضیه السیره العقلائیه القطعیه من جمیع الطوائف و المذاهب بلا خلاف فیه، کما هو الحال فی دعوی النسب.

---

[۱] فیه إشکال بل منع.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۷۴

و لقاعده الإقرار (۱). و إذا مات أحدهما ورثه الآخر. و لا فرق فی ذلک بین کونهما بلدیین معروفین أو غریبین.

و أما إذا ادعی أحدهما الزوجیه و أنکر الآخر، فیجری علیهما قواعد الدعوی فإن کان للمدعی بیّنه، و إلّا فیحلف المنکر أو یردّ الیمین، فیحلف المدعی و یحکم له بالزوجیه، و علی المنکر ترتیب آثاره فی الظاهر (۲). لکن یجب علی کلّ منهما

---

(۱) التمسک بهذه القاعده لإثبات الزوجیه فی المقام غیر واضح، فإنها إنما تختص بما یکون علی المقرّ و یعتبر ضرراً علیه، و لا تشمل ما لا یکون کذلک أو یکون فیه نفع له. و من هنا فحیث إنَّ للزوجیه نوعین من الأثر ما یکون علی الزوج أو الزوجه، و ما یکون لهما بالقیاس إلی الآخر، فلا مجال لإثباتها بالإقرار، و إنما یثبت بإقرارهما ما یکون علیهما خاصه من دون ما یکون لهما.

فبإقرار الزوج یثبت منعه من التزوج بأُمها و أُختها و بنتها و تلزمه نفقتها، إلی غیر ذلک مما یکون علیه من الآثار. و أما جواز وطئه لها فلا یثبت بإقراره، لأنه لیس من الإقرار علی نفسه.

و هکذا بالنسبه إلی الزوجه، فإنه إنما یؤثر فی منعها من التزوج بغیره و السفر أو الخروج

بغیر إذنه و یلزمها تمکینه من نفسها، إلی غیر ذلک من الآثار التی تکون علیها. و أما ما یکون لها من الآثار، کالدخول علیه من غیر ساتر أو مطالبتها له بالنفقه، فلا یمکن إثباتها بهذه القاعده.

و الحاصل أنه لا- مجال لإثبات عنوان الزوجیه بالإقرار، حیث إنه یشتمل علی ما یکون للمقرّ، و إذا لم یثبت ذلک فلا مجال لترتیب جمیع الآثار کالإرث و نحوه علیه و إنما یثبت به خصوص ما یکون علی المقرّ. و من هنا فالصحیح فی إثبات الزوجیه فی المقام، هو الاستدلال بأن الحق لا یعدوهما، علی ما تقتضیه السیره العقلائیه فی التزویج و النسب.

(۲) فإنّ حکم الحاکم لا یبدل من الواقع شیئاً، علی ما تدلّ علیه جمله من النصوص، فلا یکون غیر الزوج بموجب حکم الحاکم زوجاً و لا غیر الزوجه زوجه، و إنما القضاء لفصل الخصومه ظاهراً مع بقاء الواقع علی حاله.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۷۵

العمل علی الواقع فیما بینه و بین اللّه (۱).

و إذا حلف المنکر حکم بعدم الزوجیه بینهما، لکن المدّعی مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه (۲). فلیس له إن کان هو الرجل تزویج الخامسه، و لا- أُم المنکره و لا بنتها مع الدخول بها، و لا بنت أخیها أو أُختها إلّا برضاها، و یجب علیه إیصال المهر إلیها (۳). نعم، لا یجب علیه نفقتها، لنشوزها بالإنکار (۴).

و إن کانت هی المدعیه لا یجوز لها التزویج بغیره إلّا إذا طلّقها [۱] (۵) و لو بأن

---

(۱) لما عرفت فی التعلیقه المتقدِّمه، من أن حکم الحاکم لا یغیر و لا یبدل من الواقع شیئاً.

(۲) فإنه نافذ فی حقه و إن لم یتمکن من إثباته خارجاً.

(۳) فی العباره مسامحه

أو غفله واضحه. فإن الزوج غير ملزم بالمهر بموجب إقراره، لأن إقراره بكونه مديناً للمرأه بالمهر معارض بإقرارها بعدم استحقاق شی ء علیه، و بذلک یسقط الإقراران و لا یثبت علیه شی ء.

نعم، لو علم الرجل فیما بینه و بین اللّه ثبوت الزوجیه و صدق مدعاه، وجب علیه إیصال المهر إلیها، باعتبار أنها مالکه له بالعقد، إلّا أن هذا غیر الثبوت بالإقرار، کما هو أوضح من أن یخفی.

و الحاصل أن ذکر وجوب إیصال المهر فی عداد ما یلزم الرجل بإقراره، مما لا یمکن المساعده علیه، فإنه غیر ملزم به بمجرد الإقرار، و إن کان یجب علیه ذلک إذا علم فیما بینه و بین اللّه بزوجیتها له.

(۴) حیث إنّ المستفاد من جمله من النصوص، أنّ الملاک فی ثبوت النفقه إنما هو کون المرأه فی بیت الزوج و تحت سلطانه، فإذا خرجت عن ذلک و لو بإنکارها للزوجیه لم تستحق النفقه.

(۵) أو طلقها الحاکم الشرعی بعد رفعها لأمرها إلیه و امتناع الرجل عن الطّلاق و ذلک لکونه ممتنعاً عن الإنفاق، و المرأه لا تبقی بلا زوج علی ما ورد فی بعض النصوص.

---

[۱] و أمّا إذا امتنع عن الطّلاق فللحاکم الشرعی أن یطلّقها.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۷۶

یقول: (هی طالق إن کانت زوجتی) (۱). و لا یجوز لها السفر [۱] من دون إذنه (۲). و کذا کلّ ما یتوقف علی إذنه.

و لو رجع المنکر إلی الإقرار، هل یسمع منه و یحکم بالزوجیه بینهما؟ فیه قولان، و الأقوی السماع [۲] (۳) إذا أظهر عذراً لإنکاره، و لم یکن متهماً، و إن

---

(۱) إذ قد عرفت فیما تقدّم أن مثل هذا التعلیق لا یضرّ بصحّه العقد.

(۲) فیه إشکال، بل منع.

فإن عدم جواز

ذلک للزوجه إنما هو من جهه مزاحمته لحق، و لذا فلو لم تکن هناک مزاحمه لحقه کما لو کان مسافراً لم یتوقف جواز سفر المرأه علی إذنه. و حیث إنه لا- مزاحمه فی المقام، باعتبار أن الرجل لا یری حقاً لنفسه فیها، فلا وجه للحکم بتوقف جوازه علی إذنه.

و مما تقدّم یظهر الحال فیما أفاده (قدس سره) بعد هذا، من عدم جواز کل ما یتوقّف علی إذنه بالنسبه إلیها.

(۳) فی إطلاقه إشکال، بل منع.

فإن الإقرار بعد الإنکار و إن کان مسموعاً باعتبار أنه حجه مطلقاً فیتقدم علی حکم الحاکم و البیّنه، إلّا أن ذلک لا یعنی ثبوت الزوجیه بجمیع ما لها من الآثار فی المقام، و إنما یثبت به خصوص الآثار التی تکون علیه دون ما یکون له، نظراً إلی أنه بإنکاره الأوّل قد اعترف بعدم استحقاقه علی الآخر، فإذا رجع عن إنکاره کان ذلک بالنسبه إلی ما اعترف بعدم استحقاقه، رجوعاً عن الإنکار و ادعاءً محضاً فلا یسمع کما هو مقرر فی باب القضاء بلا فرق بین أن یکون قد أظهر عذراً و أن یکون

---

[۱] فیه و فیما بعده إشکال.

[۲] هذا بالإضافه إلی الحقوق التی ادعیت علیه، و الظاهر أنه لا- یعتبر فی سماعه حینئذ أن یظهر عذراً لإنکاره و أن لا یکون متّهماً، و أمّا بالإضافه إلی حقوقه علی المدّعی ففی سماعه إشکال و کذلک الحال فیما إذا رجع المدّعی عن دعواه و کذب نفسه، بلا فرق بین الرجوع قبل إقامه البیّنه و الرجوع بعدها.

کان ذلک بعد الحلف. و کذا المدّعی إذا رجع عن دعواه و کذّب نفسه (۱). نعم یشکل السماع منه إذا کان ذلک

بعد إقامه البيّنه منه على دعواه (٢) إلّا إذا كذبت البيّنه أيضاً نفسها.

[الثالثه: إذا تزوّج امرأه تدعى خلوّها عن الزوج]

[٣٨٥٧] الثالثه: إذا تزوّج امرأه تدعى خلوّها عن الزوج، فادعى زوجيتها رجل آخر، لم تسمع دعواه إلّا بالبيِّنه [١] (٣). نعم، له مع عدمها على كلّ منهما

متّهماً أم لا.

نعم، لو قامت القرينه الخارجيه على أن إنكاره الأوّل كان صورياً من دون أن يكون له واقع، ففى قبول إقراره بعد ذلك خلاف بينهم، و قد تقدّم مثله فى مدعى الإقرار مواطاه.

(١) يظهر الحال فيه مما تقدّم.

فإن ادعاء الرجل مثلًا لزوجيه امرأه، يشتمل على اعتراف منه بعدم جواز تزوجه من أُمّها، و أُختها، و بنتها إذا كان قد دخل بها. و معه كيف يمكن أن يقال بجواز ذلك بمجرّد إنكاره و رجوعه عن اعترافه، فإن الإقرار حجه عليه فى جميع التقادير و لا مجال لرفع اليد عنه. و هكذا بالنسبه إلى المرأه لو كانت هى المدعيه.

فالصحيح هو التفصيل بين ما يكون عليه و ما يكون له، فيثبت الأوّل خاصه لأن الإقرار حجه على جميع التقادير، دون الثانى لكونه دعوى بعد الإقرار فلا أثر له و لا يسمع.

(٢) ظهر مما تقدّم أنه لا فرق فى الحكم بين رجوعه قبل إقامه البينه و بعدها، فإنّ سماعه إنما يختص بما يكون عليه دون ما له.

(٣) على ما تقتضيه إطلاقات و عمومات القضاء. فإن مقتضاها عدم قبول قول

---

[١] و الظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج و لا الزوجه، أما الزوج فيكفى له عدم علمه بالحال، و أما الزوجه فلأنّ اعترافها بالزوجيه لا أثر له حتى يكون لحلفها أثر، و بذلك يظهر الحال فى بقيّه المسأله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٧٨

اليمين (١).

المدّعى من غير بيِّنه، لا

سیما بعد کون المرأه مصدقه فی دعواها، کما دلّت علیه جمله من النصوص «۱».

مضافاً إلی مکاتبه الحسین بن سعید الوارده فی خصوص المقام، أنه کتب إلیه یسأله: عن رجل تزوّج امرأه فی بلد من البلدان، فسألها: لک زوج؟ فقالت: لا فتزوّجها ثمّ إن رجلًا أتاه فقال: هی امرأتی، فأنکرت المرأه ذلک، ما یلزم الزوج؟ فقال: «هی امرأته إلّا أن یقیم البیّنه» «۲».

(۱) و للنظر فی ذلک مجال واسع، فإن الظاهر من مکاتبه الحسین بن سعید المتقدِّمه أن القضاء فی المقام منحصر بالبیّنه، بحیث لا یمکن الحکم بزوجیتها للمدعی إلّا بها.

و الوجه فیه أنه لا مجال لوصول النوبه فی المقام إلی الیمین، إذ الزوج لیس منکراً لما یدعیه الآخر کی یتوجه إلیه الیمین، فإنه لا یدعی إلّا زوجیه المرأه له استناداً إلی العقد علیها و المحکوم بالصحّه بحسب الظاهر، لدعواها خلوها من البعل مع کونها مصدقه فی ذلک شرعاً، و من دون أن ینفی ما یدعیه الآخر واقعاً.

و من هنا فلیس هو بمنکر کی یلزمه الحلف بمقتضی قواعد القضاء، بل یکفیه فی ترتیب آثار الزوجیه علیها مجرد جهله بالحال و الواقع، کما هو مفروض الکلام.

و کذا الحال بالنسبه إلی المرأه. فإن الیمین إنما یتوجه علی المنکر فیما إذا کان لاعترافه أثر، بحیث لو أقرّ لکان إقراره مسموعاً، فإذا لم یکن کذلک فلا وجه لتحلیفه عند الإنکار. و حیث إنه لا أثر لاعتراف المرأه فی المقام علی ما سیأتی بیانه فلا معنی لتکلیفها بالیمین عند إنکارها.

و بعباره اخری: إنّ المرأه فی المقام لو لم تحلف و ردّت الیمین إلی المدعی فحلف، لم یکن للحاکم الحکم بزوجیتها للمدعی، نظراً لکونها زوجه للغیر ظاهراً، فلا یسمع

---

(۱) الوسائل، ج

۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۰.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۲۳ ح ۳.

فان وجّه الدعوی علی الامرأه فأنکرت و حلفت، سقط دعواه علیها (۱). و إن نکلت أو ردّت الیمین علیه فحلف، لا- یکون حلفه حجه علی الزوج، و تبقی علی زوجیه الزوج مع عدمها (۲) سواء کان عالماً بکذب المدّعی أو لا، و إن أخبر ثقه واحد بصدق المدّعی، و إن کان الأحوط حینئذ طلاقها (۳).

فیبقی النزاع بینه و بین الزوج، فإن حلف سقط دعواه بالنسبه إلیه أیضاً. و إن نکل أو ردّ الیمین علیه فحلف، حکم له بالزوجیه إذا کان ذلک بعد أن حلف فی الدعوی علی الزوجیه بعد الردّ علیه، و إن کان قبل تمامیه الدعوی مع الزوجه. فیبقی النزاع بینه و بینها، کما إذا وجّه الدعوی أوّلًا علیه.

إقرارها المنافی لذلک، و بهذا الملاک لیس للحاکم تحلیفها باعتبار أنه لیس لها الإقرار بذلک.

و الحاصل أن مثل هذه الدعوی لا تنفصل إلّا بالبیّنه، فإن أقامها المدعی فهو، و إلّا فلا أثر لإقرارها أو یمینها.

و من هنا یظهر الحال فیما رتبه (قدس سره) من الفروع علی هذا الحکم.

(۱) یظهر من عبارته (قدس سره) هذه و ما یأتی فی جانب النزاع مع الزوج، أن فی المقام دعویین، إحداهما متوجهه نحو الزوج و الأُخری نحو الزوجه، و إنّ لکل دعوی حکمها. إلّا أنّ الحال فی ذلک یظهر مما تقدّم فی التعلیقه المتقدِّمه.

(۲) أی عدم البیّنه للمدعی.

(۳) استدلّ علیه فی الکلمات بموثقه سماعه، قال: سألته عن رجل تزوّج جاریه أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقه أو غیر ثقه فقال: إن هذه امرأتی

و ليست لى بيّنه، فقال: «إن كان ثقه فلا يقربها، و إن كان غير ثقه فلا يقبل منه» «۱».

إلّا أن هذه الموثقه أجنبيه عن محلّ الكلام، و لا دلاله لها على المدعى، فإنها إنما تتضمّن لزوم المفارقه فيما إذا كان المدعى هو ثقه، و الحال إن المدعى استحباب الطلاق

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۲۳ ح ۲.

و الحاصل أن هـذه الـدعوى على كل من الزّوج و الزّوجه، فمع عـدم البيّنه إن حلفا سـقط دعواه عليهما، و إن نكلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه.

و إن حلف أحـدهما دون الآـخر، فلكـلٍّ حكمه. فـإذا حلف الزوج فى الـدعوى عليه فسـقط بالنسـبه إليه. و الزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المـدعى أو نكلت و ردّ الحـاكم عليه فحلف، و إن كـان لا يتسـلط عليها لمكان حق الزوج، إلّا أنه لو طلقها أو مات عنها ردّت إليه، سواء قلنا أن اليمين المردوده بمنزله الإقرار، أو بمنزله البيّنه، أو قسم ثالث. نعم، فى استحقاقها النفقه و المهر المسمّى على الزوج إشكال (۱) خصوصاً إن قلنا أنه بمنزله الإقرار أو البيّنه.

هـذا كلّه إذا كـانت منكره لـدعوى المـدعى. و أمـا إذا صـدقته و أقرّت بزوجيّته فلاـ يسـمع بالنسـبه إلى حـق الزوج (۲) و لكنّها مأخوذه بإقرارها، فلا تستحق

فيما إذا كان للمدعى شاهد ثقه.

و كيـف كـان، فهـذه الروايه و إن كـانت مـوثقه من حيث السـند، إلّـا أنه لاـ بـدّ من رد علمهـا إلى أهله، و ذلـك للقطع ببطلاـن مضمونها.

إذ المراد من قوله (عليه السلام): «فلا يقربها» إن كان هو ترتب جميع آثار الزوجيه عليها ما عدا وطأها،

فمقطوع البطلان من جهه استلزامه الأمر بترك الواجب، أعنى وطأها كل أربعه أشهر مرّه. و إن كان هو بطلان الزوجيه و تقديم قول المدعى، كما يشهد له قوله (عليه السلام) فى فرض عدم كون المخبر ثقه: «فلا يقبل منه» فمقطوع البطلان من جهه أن الدعاوى لا تثبت إلّا بالبيّنه أو اليمين، إذ القضاء لا يكون إلّا بهما كما تدلّ عليه جمله من النصوص، فلا فرق بين كون المدعى ثقه و عدمه.

و الحاصل أنه لا مجال للمساعده على ظاهر الروايه و لا بدّ من ردّ علمها إلى أهله للقطع ببطلانه، و لأجل هذا حملها غير واحد من الأصحاب على الاستحباب و لا بأس به احتياطاً و رجاءً.

(۱) يظهر الحال فيه أيضاً مما تقدّم فى توجه اليمين عليها و قبول إقرارها.

(۲) لكونها إقراراً و اعترافاً فى حق الغير، فلا يسمع و لا يثبت به بطلان الزوجيه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۱

النفقه [۱] على الزوج، و لا المهر المسمّى (۱) بل و لا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغيه بمقتضى إقرارها، إلّا أن تظهر عذراً فى ذلك. و تردّ على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

[الرابعه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه و أنكرت]

[۳۸۵۸] الرابعه: إذا ادعى رجل زوجيه امرأه و أنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوّج من غيره قبل تماميه الدعوى مع الأوّل، و كذا يجوز لذلك الغير تزويجها أوْ لا إلّا بعد فراغها من المدعى؟

المحكومه بالصحّه ظاهراً.

(۱) إن كان المراد بذلك أنه ليس للمرأه مطالبه الزوج بالمهر و النفقه، فهو صحيح و لا بأس به. و أما إذا كان المراد به عدم ثبوت المهر و النفقه واقعاً، بحيث يكون للزوج الامتناع عن إعطائها ذلك كما هو ظاهر

عبارته (قدس سره)، فهو فی غایه الإشکال و لا یمکن المساعده علیه بوجه.

و السر فیه أن الزوج حینئذ یعلم إجمالًا بحرمه الوطء أو وجوب دفع النفقه و المهر، و هو یمنع من وطئها من دون المهر و النفقه، لاستلزامه المخالفه القطعیه و القطع بارتکابه المحرم، و من هنا فلا یجوز له وطؤها إلّا بدفع المهر و النفقه.

نعم، لا أثر لهذا العلم الإجمالی من جهه بطلان العقد و عدم جواز وطئه لها، إذ المفروض أن العقد محکوم بالصحّه ظاهراً، فیجوز له وطؤها، غایه الأمر أنه ملزم بدفع المهر و النفقه إلیها و إن لم یکن لها هی المطالبه بهما.

و الحاصل أن المرأه حینئذ إنما لا تستحق المطالبه بهما، و إلّا فالزوج ملزم بتسلیمها إلیها، فراراً من المخالفه القطعیه للمعلوم إجمالًا.

---

[۱] لعلّه یرید بذلک أنها لا تستحق مطالبه النفقه و المهر لاعترافها بأنها بغیه، و أما الزوج فیجب علیه النفقه و المهر، فإن الحکم بجواز الوطء مع عدم وجوب النفقه و المهر مخالف للتکلیف المعلوم إجمالًا، لکن قیام الحجّه علی صحّه العقد یوجب انحلال العلم، فإذا صحّ العقد وجبت النفقه و المهر لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۸۲

وجهان: من أنها قبل ثبوت دعوی المدعی خلیه و مسلطه علی نفسها. و من تعلق حق المدعی بها، و کونها فی معرض ثبوت زوجیتها للمدعی. مع أن ذلک تفویت حق المدعی إذا ردّت الحلف علیه و حلف، فإنه لیس حجه علی غیرها (۱) و هو الزوج. و یحتمل التفصیل (۲) بین ما إذا طالت الدعوی فیجوز، للضرر علیها بمنعها حینئذ، و بین غیر هذه الصوره. و الأظهر الوجه الأوّل (۳).

و حینئذ فإنْ أقام المدعی بیِّنه و حکم له

بها، كشف عن فساد العقد عليها.

---

(۱) لكونه إقراراً فى حق الغير فلا يسمع، فإن اليمين المردوده إنما تؤثر بالنسبه إلى المنكر خاصه، و لا تزاحم حق الغير.

(۲) الظاهر أن مفروض كلامهم فيما إذا لم يكن الرجل مماطلًا و ممتنعاً من القضاء بحيث تطول الدعوى، و إلّا فلا ينبغى الشك فى الجواز، فإن المرأه لا تبقى معطله و بلا زوج على ما دلّت عليه النصوص.

(۳) لبطلان الوجوه التى استدلّ بها على المنع. فإنّ مانعيه الوجه الأوّل و الثانى مصادره على المدّعى، فإنها أوّل الكلام و عين محل النزاع. و الوجه الثالث لم يظهر له معنى محصل، فإنّ دعوى المدعى لا تسقط بالتزويج جزماً، بل له الترافع إلى الحاكم حتى بعد تزويجها من غيره.

نعم، تزوّجها من غيره يوجب عجزه عن إثبات مدعاه فيما إذا لم تكن له بيّنه، لأنه حينئذ ليس له إحلافها على ما اخترناه، باعتبار أن توجّه اليمين فرع قبول الإقرار فإذا لم يكن إقرارها مسموعاً لم يكن معنى لتوجه اليمين إليها. و كذا بناءً على ما اختاره الماتن (قدس سره) من توجه اليمين إليها، فإنها إن حلفت انفسخت دعواه، و إن نكلت وردت اليمين إليه فحلف لم يقتض ذلك بطلان الزوجيه الثابته ظاهراً، لأنه من قبيل الإقرار من حق الغير.

إلّا أن ذلك لا محذور فيه، لعدم الدليل على عدم جواز تعجيز المدعى عن إثبات دعواه، و كون الدعوى مانعاً من تصرف المكلف فى ماله أو نفسه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۳

و إن لم يكن له بيّنه و حلفت، بقيت على زوجيتها [۱]. و إن ردت اليمين على المدعى و حلف، ففيه وجهان (۱): من كشف كونها زوجه للمدعى فيبطل العقد عليها. و من

أن اليمين المردوده لا يكون مسقطاً لحق الغير و هو الزوج. و هذا هو الأوجه فيثمر فيما إذا طلّقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ تردّ على المدعى. و المسأله سياله تجرى فى دعوى الأملاك و غيره أيضاً (٢)، و اللّه أعلم.

و من هنا فالظاهر أنه لا مانع من تزوّجها من غيره و تزوّج الغير منها، نظراً إلى حجيه قولها فى كونها خليه كما دلّت عليه جمله من النصوص، فيصح و إن أوجب ذلك عجز المدعى عن إثبات مدعاه باليمين المردوده.

(١) قد عرفت فيما تقدّم أنه لا وجه لتوجه اليمين عليها، كما لا أثر لحلف المدعى بعد ردّها اليمين عليه.

(٢) إلّا أن بين الزوجيه و غيرها فرقاً واضحاً. فإن فى غير الزوجيه يمكن للمدعى عند عدم البيّنه إثبات دعواه باليمين المردوده، و هذا بخلاف الحال فى الزوجيه، حيث قد عرفت أنه لا مجال لإثباتها بها.

و من هنا فلو فرضنا أن من بيده الدار مثلًا قد باعه، حكم بصحته لقاعده اليد.

إلّا أن ذلك لا يوجب سقوط دعوى المدّعى، بل له الترافع لدى الحاكم. و حينئذ فإنّ أقام بيّنه على مدعاه حكم ببطلان البيع، لظهور عدم كون البائع مالكاً، و إلّا كان له إحلاف المنكر البائع فإن حلف سقطت دعواه و إلّا كان له ردّ اليمين على المدعى، فإن حلف كان أثره تغريم البائع قيمه الدار لإتلافه عليه فيكون ضامناً له دون شخص العين المبيعه إذ لا أثر لاعترافه بالنسبه إليها، لكونه من الاعتراف فى حق الغير المشترى.

---

[١] تقدّم أنّ الحلف لا يتوجّه على الزوجه بعد التزويج كما هو المفروض هنا حيث لا موضوع لحلفها، فإنّ موضوعه إنما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر و لا أثر

له فی المقام، و بذلک یظهر حال الیمین المردوده.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۸۴

[الخامسه: إذا ادعی رجل زوجیه امرأه فأنکرت، و ادعت زوجیته امرأه أُخری]

[۳۸۵۹] الخامسه: إذا ادعی رجل زوجیه امرأه فأنکرت، و ادعت زوجیته امرأه أُخری، لا یصحّ شرعاً زوجیتها لذلک الرجل مع الامرأه الأُولی، کما إذا کانت أُخت الأُولی أو أُمها أو بنتها.

فهناک دعویان، إحداهما: من الرجل علی الامرأه، و الثانیه: من الامرأه الأُخری علی ذلک الرجل. و حینئذ فإما أن لا یکون هناک بیّنه لواحد من المدعیین، أو یکون لأحدهما دون الآخر، أو لکلیهما.

فعلی الأوّل یتوجّه الیمین علی المنکر فی کلتا الدعویین، فإن حلفا سقطت الدعویان (۱). و کذا إن نکلا و حلف کل من المدعیین الیمین المردوده (۲). و إن حلف

و هذا بخلاف الزوجیه، حیث لا أثر لاعتراف المنکر المرأه بالنسبه إلی الزوجیه الفعلیه، سواء أ کان الاعتراف صریحاً أم من جهه ردّها الیمین علی المدّعی، لکونه اعترافاً فی حق الغیر فلا یسمع.

نعم، ذکر أن أثره یظهر فیما لو مات الزوج الظاهری أو طلقها حیث ترجع إلی المدعی، إلّا أن ذلک مسأله أُخری غیر ما نحن فیه. بخلاف الأموال، حیث یُسمع فیها إقرار المنکر، و فی حکمه حلف المدعی عند رده علیه، لکن لا أثر له بالنسبه إلی العین المنتقله إلی الغیر، و إنما یثبت له بذلک المثل أو القیمه.

(۱) علی ما تقتضیه قواعد القضاء.

(۲) و ذلک لأنه لو نکل الرجل عن أداء الیمین و ردّها إلی المدعی المرأه التی ادعت زوجیتها له فحلف، و نکلت المرأه الأُولی التی ادعی الرجل زوجیتها عن أداء الیمین و ردّتها إلی المدعی الرجل فحلف، کان مقتضی القاعده ثبوت مدعی کلّ من المدعیین.

لکن فی خصوص المقام لما لم یمکن الجمع بینهما، لاستلزامه الجمع بین

الأختين أو الأم و البنت و هو ممنوع، و لم يكن مرجح لإحدى الزوجتين على الأخرى، تعيّن تساقطهما لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۵

أحدهما، و نكل الآخر و حلف مدعيه اليمين المردوده، سقطت دعوى الأوّل و ثبت مدعى الثانى (۱).

فإن قلت: إنّ حلف المدعى الأوّل اليمين المردوده عليه، يمنع من ردّ المنكر الثانى اليمين على المدعى الآخر. فإن الرجل مثلًا بعد أدائه لليمين المردوده من المرأه التى يدعى هو زوجيتها، لم يكن له ردّ اليمين المتوجه إليها نتيجه لإنكاره دعوى المرأه الثانيه التى تدعى هى زوجيتها له، و ذلك لأنه لا أثر لهذه اليمين المردوده غير تساقط الدعويين، و من الواضح أنه لا معنى للحلف من أجل تساقط الدعويين.

و على هذا فلا تصل النوبه فى المقام إلى التساقط، بل تثبت الدعوى الأُولى خاصه و هى ما يدعيه الرجل فى المثال دون الثانيه.

قلت: إن هذه الدعوى من البعد بمكان، فإن نسبه الأدلّه الدالّه على أنّ للمدعى فى فرض عدم البينه إحلافَ المنكر، و له ردّ اليمين عليه إليهما سواء، و شمولها لكلتا الدعويين على حدّ واحد، و مجرّد تقدّم إحداهما زماناً لا يوجب سقوط الحكم بالنسبه إلى الدعوى المتأخره، بل الحكم ثابت لها حتى و إن كانت نتيجه ذلك هو التساقط، فإنّ كلّاً من الدعويين مورد للحكم و مشمول للدليل. لكن حيث لا يمكن الجمع بينهما، و لا ترجيح إحداهما على الأُخرى، تعين الالتزام بتساقطهما.

و نظير المقام ما لو ادعى اثنان مالًا فى يد ثالث. فإنّ إقامه أحدهما البيّنه قبل الآخر لا يوجب سقوط دعواه و لا يمنعه من إقامه البيّنه، و ليس ذلك إلّا لكون حجيه البينه بالنسبه إليهما على حد سواء، فلا

وجه لأن يقال بتقديم الدعوى الاولى على الثانيه، لأنه بلا مرجح إذ لا أثر لمجرّد السبق الزمانى، بل تسمعان معاً و تتعارضان و نتيجه لذلک تتساقطان لا محاله.

و الحاصل أن ما أفاده الماتن (قدس سره) فى المقام من التساقط هو الصحيح.

(۱) على ما تقتضيه قواعد القضاء. فإن دعوى الأوّل تسقط نتيجه لعدم البينه كما هو المفروض و أداء المنكر اليمين على خلافها، و دعوى الثانى تثبت نتيجه لأداء المدعى اليمين المردوده عليه من قبل المنكر.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۶

و على الثانى و هو ما إذا كان لأحدهما بينه يثبت مدعى من له البيّنه. و هل تسقط دعوى الآخر، أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه؟ قد يدعى القطع بالثانى، لأنّ كل دعوى لا بدّ فيها من البيّنه أو الحلف. و لكن لا يبعد تقويه الوجه الأوّل، لأنّ البيّنه حجّه شرعيه، و إذا ثبت بها زوجيه إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيه الأُخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأُخرى (۱).

و على الثالث فإما أن يكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين متقارنتين، أو تاريخ أحدهما أسبق من الأُخرى.

فعلى الأوّلين تتساقطان، و يكون كما لو لم يكن بينه أصلا (۲).

---

(۱) و الأمارات الشرعيه حجه فى لوازمها، سواء أ كان الشاهد و المخبر ملتفتاً إلى الملازمه أم لم يكن.

هذا و قد يقال: إن حجيه البيّنه بالنسبه إلى الدعوى الثانيه مبنيه على الالتزام بحجيه البيّنه من المنكر أيضاً، كما ذهب إليه جماعه من الأصحاب و استظهرناه فى محله، باعتبار أن قولهم (عليهم السلام): «و اليمين على المدعى عليه» لا يعنى عدم قبول البيّنه منه، بل إنما

يعنى أنه ليس مطالباً بها كالمدعى، و إنما هو مطالب باليمين خاصّه، و إلّا فلو أقام هو البيّنه باختياره فهى مسموعه لإطلاقات أدلّه حجيتها. و أما بناءً على عدم قبولها منه كما عليه المشهور، فلا مجال لقبولها بالنسبه إليها، بل لا بدّ من الرجوع إلى يمين المنكر، أو اليمين المردوده منه على المدعى.

و فيه: أنّ المقام ليس من مصاديق النزاع المتقدم. فإن البيّنه هذه ليست بيّنه للمنكر كى يبحث فى حجيتها و عدمها، و إنما هى بينه خارجيه قامت على عدم مشروعيه زوجيه المرأه الثانيه له، فلا تسمع دعواها من هذه الجهه، سواء أقلنا بحجيه بيّنه المنكر أم لم نقل.

(۲) لعدم إمكان الجمع بينهما، لتعارضهما و تكاذبهما، و عدم وجود مرجح لإحداهما على الأُخرى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۷

و على الثالث ترجّح الأسبق (۱) إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ إلى زمان الثانيه. و إن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك إذا كانت الامرأتان الام و البنت مع تقدّم تاريخ البنت، بخلاف الأُختين و الأُم و البنت مع تقدّم تاريخ الام، لإمكان صحّه العقدين، بأن طلق الاولى و عقد على الثانيه فى الأُختين

---

(۱) و الذى ينبغى أن يقال فى المقام: إن البيّنتين قد تشهدان بالعقد المجرّد خاصه من دون تعرض لاستمرار الزوجيه و عدمه. و قد تشهدان بالزوجيه الفعليه، بأن تشهد الاولى بالزوجيه حدوثاً و استمراراً، و تشهد الثانيه بها فعلًا.

ففى الفرض الأوّل حيث لا تعارض بينهما لإمكان صدقهما معاً، بأن يكون الرجل قد تزوّج من إحدى الأُختين أوّلًا ثمّ طلقها و تزوّج من الثانيه، فلا محاله تترجح الثانيه لأصاله الصحّه من دون معارض لها، و بذلك فيترتب على تلك المرأه جميع

آثار الزوجيه، كما هو واضح.

إلّا أن هذا إنما يتمّ فى غير الام و البنت إذا كان عقد البنت هو الأسبق بحسب البيّنه. و أما فى هذا الفرض فيحكم بفساد العقد الثانى، نظراً لخروج المرأه الثانيه الأُم عن قابليتها للزوجيه لذلك الرجل بمجرد العقد على المرأه الأُولى البنت فتترجح البيّنه الأولى، بل لا أثر للبينه الثانيه، باعتبار أن العقد الثانى قد وقع على المرأه المحرمه أبداً.

و فى الفرض الثانى تسقط البينتان بالنسبه إلى الزوجيه الفعليه، نظراً لتعارضهما و تكاذبهما و عدم إمكان الجمع بينهما. و أما بالنسبه إلى الزمان السابق، فحيث إنه لا تنافى و لا تكاذب بينهما، حيث إن إحداهما تشهد بالزوجيه فى ذلك الزمان خاصه دون الأُخرى، يتعين العمل بمقتضاها، فتثبت زوجيه تلك الأُخت فى ذلك الزمان. و عليه فعند الشك فى بقائها و استمرارها إلى الزمان الحالى، يستصحب بقاؤها لا محاله، و به تثبت زوجيه تلك الأُخت دون الثانيه.

و الحاصل أن زوجيه إحدى الأُختين و إن ثبتت فى المقام، إلّا أن ذلك ليس من أجل ترجح بيّنتها على بيّنه الأُخرى، لما قد عرفت من سقوطهما بالتعارض بالنسبه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۸۸

و طلّق الام مع عدم الدخول بها. و حينئذ ففى ترجيح الثانيه أو التساقط وجهان [۱].

إلى الزمان الفعلى، و إنما هو من جهه ثبوت زوجيه تلك المرأه فى الزمان السابق بالبينه من غير معارض، و من ثمّ استصحابها إلى زمان الشك.

لكن هذا أيضاً إنما يتم فى غير الام و البنت مع كون عقد البنت هو السابق. و أما فيه فلا، نظراً لمعارضه البينه الثانيه للأُولى حدوثاً و بقاءً، فإنه كما لا يمكن الجمع بين الزوجيه الفعليه للأُم مع الزوجيه الفعليه

للبنت، لا يمكن الجمع بين زوجيه الام فعلًا و زوجيه البنت سابقاً.

و من هنـا تكون بيّنه زوجيه الام فعلًا معارضه لبينه زوجيه البنت فعلًا و فى السابق أيضاً، لعـدم إمكان اجتماعهما، فينتهى الأمر إلى التساقط لا محاله. و بذلك يكون حكم هذه الصوره حكم الصوره الاولى من المسأله، أعنى عدم وجود البيّنه لكلتا

---

[١] تاره يفرض شـهاده البيِّنتين على العقد و أخرى يفرض شهادتهما على الزوجيه، فعلى الأوّل لا تنافى بينهما إلّا فى الأُم و البنت و كان تاريـخ عقـد البنت مقـدّماً على تاريـخ عقد الأُم، و فى مثله تتقدّم البيِّنه الأُولى على البيِّنه الثانيه لأنها ترفع موضوعها، و أما فى غير الأُـم و البنت كمـا فى الأـختين أو فيهمـا إذا كـان تاريـخ عقـد الأُم متقـدِّماً على عقـد البنت، فعندئـذ لا تنافى بين البيِّنتين لإمكـان صـحّه كلا العقـدين معاً إذ من المحتمل أن يطلِّق الأُولى و يتزوّج بالأُخرى، و عليه فيؤخـذ على طبق البيِّنه الثانيه فيحكم بصـحّه العقد على المرأه الأُخرى لأصاله الصحّه، و على الثانى فإن كانت البيِّنه الأُولى قائمه على زوجيه المرأه الأُولى فعلًا فعندئذ تسـقط من جهه المعـارضه مع البيِّنه الثـانيه التى تـدلّ على زوجيّه المرأه الأُـخرى، فيكون المرجع فى المسأله هو استصـحاب بقاء زوجيّه الأُولى إلّا فيما كانت المعارضه بينهما فى الأُم و البنت و كانت زوجيّه البنت متقـدِّمه على زوجيه الأُم، فإنّه حينئـذ كما أنّ البيِّنه الثانيه تعارض البيِّنه الأُولى فى البقاء كذلك تعارضها فى الحدوث، و عليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقـاء زوجيه الأُـولى، و أمّا الروايه الوارده فى المسأله فهى ضـعيفه لا يمكن الاعتماد عليها، و بـذلك يظهر ما فى قول الماتن قبل أسطر: «ترجّح

الأسبق إذا كانت تشهد ... إلخ»، و إن كانت البيِّنه الأولى قائمه على زوجيّه المرأه الأولى فحسب من دون دلالتها على أنها زوجته فعلًا فعندئذ حال هذا الفرض حال الفرض الأوّل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ١٨٩

هذا و لكن وردت روايه (١) تدلّ على تقديم بيِّنه الرجل، إلّا مع سبق بيِّنه الامرأه المدعيه أو الدخول بها فى الأُختين، و قد عمل بها المشهور فى خصوص الأُختين، و منهم من تعدى إلى الأُم و البنت أيضاً. و لكن العمل بها حتى فى موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد، و إمكان حملها على بعض المحامل التى لا تخالف القواعد.

الدعويين.

و مثله فى الحكم ما لو شهدت البينه الأُولى بحدوث الزوجيه للبنت فى السابق و شهدت البينه الثانيه بالزوجيه الفعليه لُلام، و ذلك لعدم إمكان الجمع بينهما كما عرفت، فينتهى الأمر إلى التساقط لا محاله.

نعم، فى غير هذه الصوره أعنى الأُم و البنت مع سبق عقد الثانيه من فروض شهاده إحدى البيّنتين بالحدوث خاصه و شهاده الأُخرى بالزوجيه الفعليه، تترجح البيّنه الثانيه لا محاله، لعدم المعارضه و المنافاه بينهما فيحكم بثبوت الزوجيه الفعليه التى شهدت البينه لها بذلك. و لا يعارضه استصحاب زوجيه الأُولى بعد ثبوتها بالبينه فى السابق، لسقوط الاستصحاب بالبينه الدالّه على ثبوت الزوجيه الفعليه للثانيه.

و مما ذكرنا كله يتضح الحال فى الفروع التى ذكرها الماتن (قدس سره) بعد هذا.

(١) و هى ما رواها محمد بن يعقوب، عن على بن إبراهيم، عن أبيه، و عن على بن محمد القاسانى، عن القاسم بن محمد، عن سليمان بن داود، عن عيسى بن يونس، عن الأوزاعى، عن الزهرى، عن على بن الحسين (عليه السلام)، فى رجل ادعى على امرأته أنه تزوّجها بولى

و شهود و أنكرت المرأه ذلك، فأقامت أَخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوّجها بولى و شهود و لم يوقتا وقتاً، فكتب: «إن البيّنه بيّنه الرجل، و لا تقبل بيّنه المرأه، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه، و تريد أُختها فساد النكاح، فلا تصدق و لا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها» «۱».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۲۲ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۹۰

[السادسه: إذا تزوّج العبد بمملوكه ثمّ اشتراها بإذن المولى]

[۳۸۶۰] السادسه: إذا تزوّج العبد بمملوكه ثمّ اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها [۱] على حاله (۱).

و قد رواها الشيخ (قدس سره) بإسناده عن محمد بن الحسن الصفار، عن على بن محمّد، عن القاسم بن محمد، عن سليمان بن داود، عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) «۱».

إلّا أن هذه الروايه بطريقيها ضعيفه سنداً. فإنّ على بن محمّد القاسانى ممّن ضعّفه الشيخ (قدس سره)، و محمّد بن القاسم مشترك بين الثقه و الضعيف، و عيسى بن يونس لم يوثق، و الأوزاعى و الزهرى ضعيفان، و عبد الوهاب بن عبد الحميد لم يرد فيه توثيق.

و من هنا فمثل هذه الروايه لا يمكن الاعتماد عليها بوجه، لكن لا من جهه مخالفتها للقاعده حيث إنها ليست من الأحكام العقليه كى لا تقبل التخصيص، و إنما من جهه ضعفها سنداً.

و دعوى انجبارها بعمل المشهور، فقد عرفت عدم تماميتها كبرى غير مرّه.

هذا مضافاً إلى اختصاص الروايه بالأُختين، فلا مجال للتعدى عنها بعد كونها مخالفه للقاعده.

(۱) هذا الحكم ذكره غير واحد، منهم المحقِّق (قدس سره) فى الشرائع «۲». و لم يذكر صاحب الجواهر (قدس

سره) فى شرحه خلافاً من أحد، و علل ذلك بالأصل «۳». و أرسله بعضهم إرسال المسلمات.

---

[۱] تقدّم أنّ بيع الأمه طلاقها و على هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنه المشترى لها فإن أجاز بقى النكاح، و إلّا انفسخ، و عليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلّا بإجازه المولى.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۷ كتاب القضاء، أبواب كيفيه الحكم، ب ۱۲ ح ۱۳، التهذيب ۶: ۲۳۶/ ۵۸۱.

(۲) شرائع الإسلام ۱: ۳۲۴.

(۳) الجواهر ۲۹: ۱۶۸.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۹۱

....

إلّا أن فى ذلك إشكالًا، بل منعاً. و ذلك لما أجمعوا عليه بغير خلاف بينهم فى باب الطوارئ، من أن بيع الأمه بمنزله الطلاق بل هو طلاق لها على ما دلّت عليه جمله من النصوص المعتبره، من دون أن يستثنى منه هذه الصوره أعنى شراء العبد زوجته لمولاه فإن معه كيف يمكن أن يقال بقى على نكاحها! بل لا- بدّ أن يقال إنّ مولاها الجديد بالخيار، فإن أجاز فهو، و إلّا انفسخ لا محاله.

و الحاصل ان ما أفاده (قدس سره) فى المقام بل نسب ذلك إلى الأصحاب، لا يجتمع مع ما ذكر فى باب الطوارئ و لا يمكن المساعده عليه.

ثمّ إنّ صاحب الجواهر (قدس سره) بعد أن اختار فى هذه المسأله بقاء النكاح على حاله «۱» ذكر فى مسأله ما لو بيعت الأمه المزوجه ما ملخصه، أن فيها وجهين: بطلان النكاح، لكون بيعها طلاقاً لها حقيقه، فيحصل الفراق بينها و بين الزوج، غايه الأمر أن للمشترى إرجاع الزوجيه فيكون نظير رجوع الزوج بزوجته المطلقه فى أثناء العدّه، بناءً على مسلك المشهور من أنه إرجاع للزوجيه بعد ارتفاعها. و بقاء النكاح، مع ثبوت حق الفصل بينهما للمشترى.

ثمّ ذكر (قدس سره)

أن الوجه الأوّل هو الأقوى إن لم يثبت إجماع على خلافه باعتبار أنه هو الـذى تقتضـيه النصوص المعتبره الداله على أن صـفقتها طلاقها «۲».

بل حسـنه حسن بن زياد، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل اشترى جاريه يطأها فبلغه أن لها زوجاً، قال: «يطأها، فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شى ء من أمرهما إذا بيعا» «۳».

و صـحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها» و قال فى الرجل يزوج أمته رجلا حراً ثمّ يبيعها، قال: «هو فراق بينهما، إلّا أن يشاء المشترى أن يدعهما» «۴» كالصريحتين فى المدعى.

---

(۱) الجواهر ۲۹: ۱۶۸.

(۲) الجواهر ۳۰: ۲۶۳.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۷ ح ۲.

(۴) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۷ ح ۱.

و لا إشكال فى جواز وطئها (۱). و إن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (۲) و حلّت له بالملك، على الأقوى من ملكيه العبد.

أقول: إن ما أفاده (قدس سره) و إن كان مناقضاً لما أفاده أوّلًا، إلّا أنه هو الصحيح، حيث لم يثبت إجماع على الخلاف.

ثمّ كان عليه (قدس سـره) التنبيه على روايه معتبره معارضه لما تقدّم من النصوص، حيث تدلّ بالصراحه على الوجه الثانى، و هى صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسـى بن جعفر (عليه السـلام)، قال: سألته عن رجل تحته مملوكه بين رجلين فقال أحدهما: قد بـدا لى أن أنزع جـاريتى منـك و أبيع نصـيبى فبـاعه، فقـال المشترى: أُريـد أن أقبض جـاريتى، هـل تحرم على الزوج؟ قال: «إذا اشتراها غير الذى كان أنكحها إياه

فإن الطلاق بيده، إن شاء فرّق بينهما، و إن شاء تركها معه، فهی حلال لزوجها، و هما علی نكاحهما حتی ينزعها المشتری» الحديث «۱».

و هذه الروايه و إن كانت صحيحه سنداً و واضحه دلاله، إلّا أنها لما كانت معارضه للنصوص الصحيحه الصريحه و المستفيضه، فلا بدّ من رد علمها إلی أهله، حيث لا يمكن حمل هذه علی محمل آخر لصراحتها، و لا رفع اليد عن تلك الروايات لصحّه سندها و استفاضتها.

(۱) يظهر الحال فيه مما تقدّم.

(۲) بلا خلاف فيه بينهم.

إلّا أنّ المستند فيه ليس هو عدم اجتماع الزوجيه و الملكيه المستفاد من الآيه الكريمه و النصوص المعتبره علی ما ذكر فی بعض الكلمات، كی يرد عليه بأن استحاله الجمع لا تقتضی حدوث الملك و زوال الزوجيه إذ من الممكن الحكم بالعكس، باعتبار أن صحّه البيع تحتاج إلی الدليل، و مع عدمه يكون البناء علی بطلان البيع و بقاء الزوجيه عملًا بالاستصحاب أولی.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۸ ح ۲.

و هل يفتقر وطؤها حينئذ إلی الإذن من المولی أوْ لا؟ وجهان، أقواهما ذلك (۱) لأنّ الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه و قد زالت بالملك (۲) فيحتاج إلی الإذن الجديد [۱].

و لو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولی، فإن اشتراها بعين مال المولی كانت له و تبقی الزوجيه (۳). و إن اشتراها بعين ماله كانت له و بطلت الزوجيه. و كذا إن اشترها فی الذمّه، لانصرافه إلی ذمّه نفسه (۴). و فی الحاجه إلی الإذن الجديد و عدمها، الوجهان.

و إنما المستند فيه ما أشرنا إليه فی التعليقه السابقه، من أن بيع الأمه

بعضاً أو كلّاً طلاق لها، على ما تدلّ عليه جمله من النصوص المعتبره، و منها ما هو وارد فى خصوص المقام كموثقه سماعه، قال: سألته عن رجلين بينهما أمه فزوّجاها من رجل اشترى بعض السهمين، فقال: «حرمت عليه باشترائه إياها، و ذلك أن بيعها طلاقها إلّا أن يشتريها من جميعهم» «۱».

(۱) ما أفاده (قدس سره) و إن كان متيناً فى نفسه، إلّا أن الظاهر كفايه الإذن فى الشراء لنفسه عن ذلك، فلا يحتاج إلى إذن آخر فى الوطء. و ذلك لأن الإذن فى الشراء لنفسه، إذن منه فى الانتفاع بها بما هو المتعارف، بمقتضى الفهم العرفى و مناسبات الحكم و الموضوع.

(۲) لتحقّق الطلاق بمجرد البيع، كما عرفت.

(۳) تقدّم ما فيه فلا نعيد.

(۴) حيث لم تقم قرينه على الخلاف، فإن كونه فى ذمّه الغير يحتاج إلى مئونه زائده و خلاف ظاهر الشراء.

---

[۱] نعم إلّا أنّ الإذن فى الشراء لنفسه إذن له فيه فلا يحتاج إلى إذن آخر.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۴۶ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۹۴

[السابعه: يجوز تزويج امرأه تدعى أنها خليه من الزّوج من غير فحص]

[۳۸۶۱] السابعه: يجوز تزويج امرأه تدعى أنها خليه من الزّوج من غير فحص (۱) مع عدم حصول العلم بقولها، بل و كذا إذا لم تدع ذلك (۲) و لكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعيت إليه. بل الظاهر ذلك و إن علم كونها ذات بعل سابقاً، و ادعت طلاقها أو موته (۳).

---

(۱) على ما هو المعروف و المشهور بينهم، بل لم يظهر الخلاف فيه من أحد.

و تدلّنا عليه مضافاً إلى السيره القطعيه، حيث يتزوج الرجل الغريب فى غير بلده معتمداً على دعواها أنها خليه من غير فحص،

من دون أن يظهر التوقف فى صحّه عقده من أحد معتبره ميسر، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): ألقى المرأه بالفلاه التى ليس فيها أحد، فأقول لها: أ لك زوج؟ فتقول: لا، فأتزوّجها؟ قال: «نعم هى المصدقه على نفسها» «۱».

و يؤيده خبر محمد بن عبد اللّه الأشعرى، قال: قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يتزوج بالمرأه فيقع فى قلبه أن لها زوجاً؟ فقال: «و ما عليه، أ رأيت لو سألها البيّنه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج» «۲».

و هى بحسب الدلاله و إن كانت لا بأس بها، إلّا أنها من حيث السند ضعيفه، حيث إن محمّد بن عبد اللّه الأشعرى لم يوثق، و من هنا جعلناها مؤيده.

(۲) للسيره و معتبره ميسر المتقدمتين، إذ لا فرق فى كونها مصدقه على نفسها بين قولها و عملها، فإنّ دعوتها للرجل أو إجابتها له، إخبار منها بخلوها عن البعل و المانع.

(۳) ظهر وجهه مما تقدّم، حيث لم يرد تقييد لإطلاق قوله (عليه السلام) فى معتبره ميسر: «هى المصدقه على نفسها». و كذا السيره، فإنّ الرجال يتزوجون من الثيبات

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۲۵ ح ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۱۰ ح ۵.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۱۹۵

نعم، لو كانت متهمه فى دعواها، فالأحوط الفحص [۱] عن حالها (۱).

و من هنا ظهر جواز تزويج زوجه من غاب غيبه منقطعه و لم يعلم موته و حياته، إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات و القرائن أو بإخبار مخبرين، و إن لم يحصل العلم بقولها. و يجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم

كذبها فى دعوى العلم، و لكن الأحوط الترک، خصوصاً إذا كانت متّهمه.

من غير فحص، مع ظهور الثيبوبه فى سبق الزوجيه غالباً.

(۱) بل مقتضى صحيحه أبى مريم عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن المتعه، فقال: «إنّ المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنّهنّ كنّ يومئذ يؤمن، و اليوم لا يؤمنَّ، فاسألوا عنهنّ» «۱» هو وجوب الفحص.

فإنها صحيحه سنداً، و واضحه دلاله، و مقتضى القاعده تخصيص ما دلّ على أنها مصدقه على نفسها بغير صوره التهمه.

إلّا أن المشهور لم يذهبوا إلى ذلک، و التزموا باستحباب الفحص عند التهمه، و هو الصحيح.

و الوجه فيه أن المراد بالتهمه و عدم المأمونيه فى روايه أبى مريم ليست هى التهمه الشخصيه، بمعنى أن تكون المرأه المعيّنه التى يريد الرجل تزوّجها متهمه و غير مأمونه كما هو واضح، و إنما المراد بها هى التهمه النوعيه، نظراً لتفشى الفساد و كثره الفجور.

و من هنا فحيث إن هذه التهمه كانت موجوده فى عصر الإمام أبى عبد اللّه (عليه السلام) أكثر مما كانت عليه فى زمان أبى جعفر (عليه السلام) كما يشهد لذلک نمو الفساد و تكثره يوماً بعد يوم و مع ذلک فقد حكم (عليه السلام) لميسر بجواز التزوج من غير فحص، فلا بدّ من حمل صحيحه أبى مريم على الاستحباب، جمعاً بينهما.

و من هنا يظهر الحال فيما أفاده الماتن (قدس سره) بعد هذا من الفروع.

---

[۱] لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۶ ح ۱.

[۳۸۶۲] الثامنه: إذا ادعت امرأه أنها خليه فتزوجها رجل، ثمّ ادعت بعد ذلک كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها (۱).

نعم،

لو أقامت البيّنه على ذلك فُرِّق بينها و بينه (٢) و إن لم يكن هناك زوج معين، بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الإجمال.

[التاسعه: إذا وكلّا وكيلًا فی إجراء الصيغه فی زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه]

[۳۸۶۳] التاسعه: إذا وكلّا وكيلًا فی إجراء الصيغه فی زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه بعد مضی ذلک الزمان (٣) إلّا أن يحصل لهما العلم بإيقاعه. و لا يكفی الظن بذلک، و إن حصل من إخبار مخبر بذلک، و إن كان ثقه [١] (۴).

---

(١) فإنّ المستفاد من النصوص المتقدِّمه، إنما هو حجيه إخبارها بالنسبه إلی جواز التزويج. و أما بالنسبه إلی إبطال زوجيه محكومه بالصحّه ظاهراً، فلا دليل على حجيه إخبارها فيه، بل مقتضی كونه إقراراً فی حق الغير عدم السماع.

نعم، إخبارها هذا حجه بالنسبه إلی نفسها، فلا تستحق المطالبه بالمهر و النفقه لاعترافها بكونها بغيه، و إن وجب على الزوج دفعهما إليها، للعلم الإجمالی بوجوبهما أو حرمه الوطء، على ما تقدّم بيانه مفصلًا فی المسأله الثالثه من هذا الفصل، فراجع.

(٢) عملًا بأدلّه حجيه البيّنه المحكمه فی المقام من غير معارض.

(٣) لاحتمال عدم وقوعه لنسيان أو غيره، و حيث لم يحرز وقوعها فلا مجال لترتيب آثارها.

(۴) على خلاف بينهم، منشأه الخلاف فی أن الأصل هل هو حجيه خبر الثقه فی الموضوعات إلّا ما خرج بالدليل، أو عدمها إلّا ما خرج بالدليل؟

و قد عرفت فی الأبحاث الماضيه أن الصحيح هو الأوّل، باعتبار أن السيره العقلائيه التی هی عمده الدليل على حجيه خبر الثقه، قائمه على الحجيه فی الشبهات الموضوعيه و الحكميه على حد سواء، من دون أن يرد دليل على خلاف ذلک.

و أما خبر مسعده بن صدقه عن أبی عبد اللّه (عليه السلام)، قال: سمعته يقول:

---

[١] لا يبعد حجيه قول الثقه

و إن لم يحصل الظن منه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۱۹۷

نعم، لو أخبر الوکیل بالإجراء کفی إذا کان ثقه (۱) بل مطلقاً (۲) لأن قول الوکیل حجّه فیما وُکِّلَ فیه.

«کل شی ء هو لک حلال حتی تعلم أنه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسک، و ذلک مثل الثوب یکون علیک قد اشتریته و هو سرقه، أو المملوک عندک و لعله حر قد باع نفسه أو خدع فبیع قهراً، أو امرأه تحتک و هی أُختک أو رضیعتک. و الأشیاء کلها علی هذا حتی یستبین لک غیر ذلک، أو تقوم به البیّنه» «۱».

فلیس المراد بالبیّنه فیها هو المعنی الاصطلاحی فی باب القضاء من الشاهدین أو الأربعه الشهداء أو الشاهد و الیمین، و إنما المراد بها مطلق ما یتبیّن به الأمر و یتضح به الحال، و ذلک لوضوح أنه لا ینحصر طریق الاستبانه بشهاده عدلین أو أربعه عدول فإن التبین یحصل بالإقرار و قول ذی الید و الاستصحاب و نحوها، فلا دلیل علی اختلاف الحال فی الشبهات الموضوعیه عن الشبهات الحکمیه، باعتبار التعدّد فی الأُولی دون الثانیه.

و الحاصل أنّ الصحیح هو کفایه اخبار الثقه الواحد و إن لم یکن وکیلًا، لأن الأصل حجیه خبره إلّا ما ثبت بالدلیل، کما هو الحال فی باب القضاء.

(۱) بلا إشکال فیه للأولویه بعد أن کان قول غیره حجه.

(۲) کما ذهب إلیه جماعه، باعتبار أنه من مصادیق القاعده المعروفه «من ملک شیئاً ملک الإقرار به» و المدعی علیها الإجماع، بل أرسلها جماعه إرسال المسلمات.

إلّا أن إثباتها بالإجماع التعبدی علی إطلاقها و کلّیتها بعید غایه البعد، فإنّ جمله من الأصحاب لم یتعرّض إلیها، بل لم تذکر فی کلمات من تقدّم علی الشیخ (قدس سره).

على أنّ الصبى مالک للوصیّه، لکن لا یسمع إقراره بها.

فالذی ینبغی أن یُقال: إنّ ما یکون إقراراً على النفس لا حاجه فی إثبات حجیته إلى هذه القاعده، فإنه یکفینا فیه ما دلّ على نفوذ الإقرار على النفس، من غیر حاجه إلى إثبات الإجماع و نحوه.

---

(١) الوسائل، ج ١٧ کتاب التجاره، أبواب ما یکتسب به، ب ۴ ح ۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ١٩٨

[فصل فی أولیاء العقد]

اشاره

فصل فی أولیاء العقد و هم الأب، و الجدّ من طرف الأب (١)، بمعنى: أب الأب فصاعداً، فلا یندرج

و هکذا الحال بالنسبه إلى ما کان الإقرار بنفسه مصداقاً للإنشاء، کما لو أخبر من له الفسخ بالفسخ، أو أخبر الزوج فی أثناء العده عن الرجوع بزوجته، فإنه خارج عن محل الکلام أیضاً، حیث إنّ هذا الإخبار بنفسه یعتبر فسخاً و رجوعاً، لأنه یبرز الاعتبار النفسانی من غیر حاجه إلى ثبوت رجوع سابق.

هذا و قد نسب شیخنا الأنصاری (قدس سره) فی رسالته فی قاعده «من ملک» إلى الشهید (قدس سره) أنه استشکل فی سماع إخبار الزوج عن الرجوع فی أثناء العدّه «١» لکننا لم نعرف لذلک وجهاً.

و أما فی غیر هذین الموردین، فالظاهر هو السماع أیضاً، لکن لا لما ذکروه، بل للسیره القطعیه على عدم مطالبه الوکیل بالإثبات إذا أخبر عن العمل بوظیفته، فإنه تسمع دعواه و یقبل قوله من دون أن یطالب بالبیِّنه.

و من هنا یظهر الحال فی الأولیاء، فإنه تسمع دعواهم فی ما لهم الولایه من دون أن یطالبوا بالإثبات.

فصل فی أولیاء العقد

(١) ثبوت الولایه لهما و للوصی و السید و الحاکم فی الجمله من القطعیّات التی لا ینبغی الشک فیها، و تدلّ علیه من النصوص جمله متضافره نتعرض إلیها فی

ضمن المسائل القادمه.

---

(۱) انظر كتاب النكاح للشيخ الأنصارى ۲۰: ۱۶۷ ۱۶۸ طبع المؤتمر العالمى.

فيه أب أُم الأب (۱) و الوصى لأحدهما مع فقد الآخر، و السيد بالنسبه إلى مملوكه و الحاكم. و لا ولايه للأُم (۲) و لا الجد من قبلها، و لو من قبل أُم الأب،

---

(۱) و يقتضيه مضافاً إلى أصاله عدم ثبوت ولايه لأحد على غيره إلّا من خرج بالدليل، باعتبار أن نفوذ العقد يحتاج إلى الدليل، و إلّا فهو محكوم بالبطلان مفهوم صحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم» «۱». فإن مقتضاه انحصار الولايه فيهما، و عدم ثبوتها لغيرهما على الإطلاق.

و كيف كان، فالحكم مما لا خلاف فيه، إلّا ما ينسب إلى ابن الجنيد (قدس سره) من الالتزام بثبوت الولايه له أيضاً، مستدلًا ببعض النصوص الوارده فى ولايه الأم «۲» و ستعرف الحال فيها عند التعرض لها فى التعليقه الآتيه.

(۲) كما يقتضيه الأصل، بل الإجماع المحكى فى كلمات غير واحد، حيث لم يخالف فيه إلّا ابن الجنيد، و قد يستدل له بروايه إبراهيم بن ميمون عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «إذا كانت الجاريه بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، و إذا كانت قد تزوجت لم يزوجها إلّا برضا منها» «۳» حيث إن ظاهرها عدم اختصاص الولايه للأب و ثبوتها للُام أيضاً.

إلّا أنه مندفع بأنها مضافاً إلى معارضتها للروايات الصحيحه المستفيضه الداله بمجموعها على دوران أمر الجاريه بين أن يكون بيدها مستقله، أو يكون بيد أبيها مستقلا، أو يكون بيدهما معاً، حيث إن المستفاد منها أنه ليس للُام من أمرها

شی ء لا- دلاله لها علی انفراد الأم فی الولایه علیها، بل غایه ما تدلّ ثبوت الولایه لها منضمه إلی الأب، و هو مخالف للإجماع المحقق القائم علی استقلال الأب فی الولایه و عدم وجود ضمیمه فی ولایته.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۲ ح ۱.

(۲) مجموعه فتاوی ابن الجنید: ۲۵۲ مسأله ۲.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۹ ح ۳.

و لا الأخ (۱)

و الذی یهون الخطب أن هذه الروایه ضعیفه سنداً، و إن عبر عنها فی بعض الکلمات بالموثقه، فإن إبراهیم بن میمون لم یرد فیه مدح فضلًا عن التوثیق.

فالروایه ساقطه من هذه الجهه، و لا تصلح للاستناد إلیها.

(۱) بلا خلاف فیه، و یقتضیه الأصل.

نعم، ذکر صاحب الجواهر (قدس سره) روایه أبی بصیر عن أبی عبد اللّٰه (علیه السلام)، قال: سألته عن «الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکٰاحِ» قال: «هو الأب و الأخ و الرجل یوصی إلیه، و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها و یشتری، فأی هؤلاء عفا فقد جاز» «۱». و قد عبّر عنها بالخبر، و هو مشعر بضعف سندها. ثمّ ناقشها بلزوم تأویلها أو حملها علی التقیّه، حیث ذهب العامّه إلی ثبوت الولایه له عند عدم الأب «۲».

إلّا أنه قد ورد التعبیر عنها فی کلمات بعضهم بالصحیحه.

و الصحیح هو ما یظهر من کلام صاحب الجواهر (قدس سره)، فإن هذه الروایه ضعیفه، فإن أحمد بن محمد بن عیسی یرویها عن البرقی أو غیره، و حیث لم یعرف ذلک الغیر تکون الروایه ضعیفه.

و کیف کان، فلا أثر لهذا النص بالخصوص، إذ قد ورد مضمونها

فی جمله کبیره من الأخبار المعتبره، بل فی بعضها التصریح بثبوت الولایه له «۳».

غیر أن هـذه الروایات علی کثرتها لا بـدّ من تأویلها و التصـرف فیها، بحملها علی ما إذا کان الأخ وکیلًا عنها، أو إلغائها و حملها علی التقیه، للإجمـاع و القطع بعـدم ثبوت الولا ـیه له علیهـا. إذ کیف یمکن أن تکون للأخ ولایه علیها، و لو فی خصوص فرض عدم وجود الأب، مع عدم ذهاب أحد منا إلی ذلک علی الإطلاق! فإنّ فرض تصدی الأخ لشؤون أُخته خارجاً لیس بفرض نادر، و الحال أنه لم یذهب إلی ثبوت الولایه

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۸ ح ۴.

(۲) الجواهر ۲۹: ۱۷۱.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۸.

و العم (۱) و الخال (۲) و أولادهم.

له أحد من الأصحاب.

و من هنا فهذه الروایات مقطوعه البطلان.

علی أن فی المقام روایتین صحیحتین تدلّان علی عدم ثبوت الولایه للأخ:

إحـداهما: صـحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه (علیه السـلام)، قال: سـئل عن رجل یرید أن یزوج أُخته، قال: «یؤامرها، فإن سـکتت فهو إقرارها، و إن أبت لا یزوّجها» «۱».

ثانیتهما: صـحیحه داود بن سـرحان عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، فی رجل یرید أن یزوّج أُخته، قال: «یؤامرها، فإن سکتت فهو إقرارها، و إن أبت لم یزوِّجها، فإن قالت: زوّجنی فلاناً، زوّجها ممن ترضی» «۲».

فإن تلک الروایات معارضه لهاتین الصحیحتین، و لو لم نقل بترجیح هاتین، فلا أقلّ من التساقط بالمعارضه و الرجوع إلی مفهوم صحیحه محمد بن مسلم المتقدِّمه الدالّ علی عدم ثبوت الولایه لغیر الأب، عدا من خرج بالدلیل،

أو الأصل المقتضى للفساد.

(۱) و يقتضيه مضافاً إلى الأصل و مفهوم صحيحه محمد بن مسلم المتقدِّمه خصوص روايه محمد بن الحسن الأشعرى، قال: كتب بعض بنى عمى إلى أبى جعفر الثانى (عليه السلام): ما تقول فى صبيه زوّجها عمها فلما كبرت أبت التزويج؟ فكتب لى: «لا تكره على ذلك و الأمر أمرها» «۳».

و هذه الروايه و إن عبر عنها فى الجواهر بالصحيحه «۴» إلّا أنها ضعيفه السند، فإن محمّد بن الحسن الأشعرى إنما هو محمد بن الحسن بن خالد الأشعرى المعروف ب (الشنبوله)، و هو ممن لم يرد فيه توثيق.

(۲) إجماعاً، كما يقتضيه الأصل، و مفهوم صحيحه محمد بن مسلم المتقدِّمه، و منه

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۴ ح ۴.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۷ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۶ ح ۲.

(۴) الجواهر ۲۹: ۱۷۰.

[مسأله ۱: تثبت ولايه الأب و الجد على الصغيرين]

[۳۸۶۴] مسأله ۱: تثبت ولايه الأب و الجد على الصغيرين (۱) و المجنون المتصل جنونه بالبلوغ (۲) بل و المنفصل على الأقوى (۳). و لا ولايه لهما على البالغ

يظهر الحال فى أولادهم.

(۱) بلا إشكال. و الروايات الدالّه على ثبوتها مستفيضه، بل لا خلاف فيه إلّا ما يُنسب إلى ابن أبى عقيل من إنكار ولايه الجدّ و كأنه استند فى ذلك إلى النصوص الداله على حصر الولايه فى الأب. إلّا أنه لا بدّ من رفع اليد عن هذه الروايات، و ذلك للنصوص الكثيره الداله صريحاً على نفوذ عقد الجد على ابنه أعنى والد البنت و أنه يقدم إنكاح

الجد للبنت على إنكاح الأب لها، فإنها تقتضى أولويه ولايه الجد على ولايه الأب، كما لا يخفى.

و الحاصل أن إنكار ولايه الجد بعد الالتفات إلى هذه النصوص، ليس فى محله و لا يمكن المساعده عليه.

(٢) بلا خلاف فيه بينهم، بل قد حكى عليه الاتفاق و الإجماع.

(٣) وفاقاً للمحقق فى الشرائع «١» و صاحب الجواهر «٢» و شيخنا الأعظم فى رساله النِّكاح «٣». و هو الصحيح، لعدم الفرق فى الجنون بين المتصل بالبلوغ و المنفصل عنه فإن حالهما واحد من حيث ثبوت الولايه، فالدليل المقتضى لثبوتها فى الأوّل هو بعينه يقتضى ثبوتها فى الثانى.

اللّهمّ إلّا ان يثبت إجماع على الخلاف، لكنه و بالمعنى المعتبر أعنى كشفه عن رأى المعصوم (عليه السلام) غير ثابت جزماً، و ذلک لکونه معلوم المدرک. فإن الأصحاب إنما التزموا بثبوتها عند اتصال الجنون بالبلوغ من جهه التمسک باستصحاب بقاء الولایه، باعتبار أنها كانت ثابته قبل البلوغ جزماً، فإذا شک حين

---

(١) شرائع الإسلام ١: ٣٢٥.

(٢) الجواهر ٢٩: ١٨٦.

(٣) رساله النكاح ٢٠: ١٧٧ ١٧٨ طبع المؤتمر العالمى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٠٣

....

البلوغ فى ارتفاعها كان مقتضى الاستصحاب هو الحكم باستمرارها. و هذا بخلاف صوره الانفصال، حيث إن الولايه قد ارتفعت بالبلوغ يقيناً، غايه الأمر أنه يشک فى ثبوتها بعد ذلک نتيجه لطرو الجنون، فلا مجال للتمسک بالاستصحاب.

لكن لا يخفى ما فى هذا الاستصحاب من خلل، فإنه من استصحاب الحكم الكلى و قد تقدّم فى محلِّه عدم جريانه مفصلًا.

على أنه يعتبر فى الاستصحاب اتحاد القضيتين المتيقنه و المشكوكه، و لا ينبغى الشک فى فقدان هذا الشرط فى المقام، فإن الصغر و الكبر كالحضر و السفر موضوعان مختلفان بنظر العرف. و من هنا فلو

فرضنا ثبوت حكم الصغر للكبر، أو الحضر للسفر، فليس ذلك من استمرار ذلك الحكم و بقائه، و إنما هو حكم آخر مماثل للحكم الأوّل.

و بعباره اخرى: إنّ الولايه المسببه عن الصغر قد زالت جزماً، و إنما الشك فى ثبوت ولايه جديده غير الولايه الاولى، فلا يفرق الحال فيها بين ما كان متصلًا بالصغر و ما كان منفصلًا عنه. و إن لم يقم الدليل عليها، فلا تثبت فى كلتا الحالتين أيضاً.

هذا و قد استدل شيخنا الأعظم (قدس سره) على ثبوتها بنحو الإطلاق «۱» بما رواه زراره عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا كانت المرأه مالكه أمرها، تبيع و تشترى و تعتق و تعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغير إذن وليها. و إن لم تكن كذلك، فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليها» «۲» حيث إن من الواضح أن المجنونه من أظهر مصاديق التى لا تملك أمرها.

و الظاهر أنه لا وجه للمناقشه فى دلالتها، من جهه أنها لم تتعرّض لإثبات من هو وليّها، و هل هو أبوها أو جدّها أو الحاكم؟ و ذلك لأن الظاهر من كلمه «وليّها» هو من يتصدّى لُامورها و شؤونها فى غير النِّكاح، و من هنا فاحتمال كونه الحاكم بعيد

---

(۱) كتاب النكاح ۲۰: ۱۷۵ طبع المؤتمر العالمى.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۹ ح ۶.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۰۴

....

جدّاً، كما استبعده شيخنا الأعظم (قدس سره) أيضاً «۱». على أن الظاهر من إضافه الولى إلى الضمير العائد لها إراده الولى المختص بها، و من الواضح أنه إنما هو الأب و الجد لأنهما اللذان يختصان بإداره شؤونها، و أما

الحاكم فليس بولى مختص لها.

و على هذا فالمناقشه فى دلاله النص غير وجيهه.

نعم، الروايه ضعيفه سنداً، من جهه أن على بن إسماعيل الميثمى و إن كان ممدوحاً من حيث إنه من أجلّاء المتكلمين، بل الظاهر أنه أوّل من كتب فى الإمامه، إلّا أنه لم يرد فيه توثيق من حيث الروايه.

هـذا و الذى ينبغى أن يقال: إن السيره القطعيه قائمه على قيام الأب و الجد بإداره شؤون المجنون و المجنونه فى النكاح و غيره، من دون أن يثبت عن ذلك ردع.

و من هنا فتكون ولايه النكاح لهما، حتى و إن ثبت كون الحاكم ولياً لمن لا ولى له.

على أنه لم تثبت ولايه للحاكم إلّا فى الأُمور الحسبيه التى ينبغى تحققها فى الخارج و تقتضى الحاجه و الضروره وجودها، و ذلك من باب أن الحاكم هو القدر المتيقن. و أما غيرها من الأُمور كتزويج المجنونه، فلا موجب للقول بثبوت ولايه الحاكم له. و من هنا فإذا انتفت ولايه الحاكم ثبتت الولايه للأب و الجد، للقطع و اليقين بانحصار الأمر فيهما. حيث إنها ليست لغيرهما جزماً.

هذا كلّه مضافاً إلى قوله تعالى «إِلّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَهُ النِّكاحِ» «٢».

فإنّ هذه الآيه الكريمه و بملاحظه النصوص الكثيره الوارده فى تفسير «الَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَهُ النِّكاحِ» بالأب و الجد و الأخ، ظاهره الدلاله فى ثبوت الولايه لهم عليها بقول مطلق. نعم، خرج الأخ بالدليل الخاص و الإجماع. و خرجت الثيب المالكه أمرها الباقى بالنص فيبقى بما فى ذلك المجنونه تحت الإطلاق.

ثمّ إن الأصحاب و إن ذكروا خلو النصوص من حكم المسأله، و هو كذلك إن أُريد

---

(١) كتاب النكاح ٢٠: ١٧٥ طبع المؤتمر العالمى.

(٢) سوره البقره ٢: ٢٣٧.

الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۰۵

....

خویی، سید ابو القاسم موسوی، موسوعه الإمام الخوئی، ۳۳ جلد، مؤسسه إحیاء آثار الإمام الخوئی، قم - ایران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

موسوعه الإمام الخوئی؛ ج ۳۳، ص: ۲۰۵

بها النصوص الخاصّه، أعنی ما هو وارد فی الفرض بالذات، إلّا أن فی النصوص ما یمکن الاستدلال به علی المدعی:

کصحیحه الحلبی عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) فی الجاریه یزوجها أبوها بغیر رضاء منها، قال: «لیس لها مع أبیها أمر، إذا أنکحها جاز نکاحه و إن کانت کارهه» «۱».

و صحیحه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل یصلح له أن یزوج ابنته بغیر إذنها؟ قال: «نعم، لیس یکون للولد أمر إلّا أن تکون امرأه قد دخل بها قبل ذلک، فتلک لا یجوز نکاحها إلّا أن تستأمر» «۲».

و غیرهما مما دل علی نفوذ عقد الأب علی ابنته، أو الوالد علی ولده. فإن مقتضی إطلاقها نفوذ عقده علیهما علی الإطلاق، إلّا ما خرج بالدلیل کالبنت الثیب و الولد البالغ الرشید. و حیث إنه لا دلیل علی خروج الصغیره أو المجنونه و الصغیر أو المجنون فمقتضی الإطلاق ثبوت الولایه علیهم.

و أوضح من کل هذه دلاله ما ورد فی باب الطلاق من أن الولی بمنزله السلطان کصحیحه أبی خالد القماط، قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): الرجل الأحمق الذاهب العقل یجوز طلاق ولیه علیه؟ قال: «و لم لا یطلق هو»؟ قلت: لا یؤمن إن طلق هو أن یقول غداً لم أُطلّق، أو لا یحسن أن یطلق، قال: «ما أری ولیّه إلّا بمنزله السلطان» «۳».

أو ما دل علی أنه بمنزله الإمام (علیه السلام)، کروایته عنه (علیه السلام) أیضاً فی طلاق

المعتوه، قال: «يطلق عنه وليّه، فإنى أراه بمنزله الإمام عليه» «۴».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۹ ح ۷.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۹ ح ۸.

(۳) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ۳۵ ح ۱.

(۴) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ۳۵ ح ۳.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۰۶

الرشيد، و لا على البالغه الرشيده إذا كانت ثيباً (۱). و اختلفوا فى ثبوتها على البكر الرشيده على أقوال، و هى: استقلال الولى (۲)

أو ما دلّ على أن الولى إذا طلقها ثلاثاً اعتدت و بانت منه بواحده، كروايه شهاب ابن عبد ربه، قال: قال أبو عبد اللّه (عليه السلام): «المعتوه الذى لا يحسن أن يطلّق يطلّق عنه وليّه على السنّه». قلت: فطلقها ثلاثاً فى مقعد؟ قال: «ترد إلى السنّه، فإذا مضت ثلاثه أشهر، أو ثلاثه قروء، فقد بانت منه بواحده» «۱».

فإنه لا ينبغى الشك فى كون المراد بالولى فى هذه النصوص هو الأب و الجد فى الدرجه الأُولى، باعتبار أنهما اللذان يقومان بسائر شؤونه و فى مرحله سابقه على السلطان و الإمام (عليه السلام)، و إذا ثبتت الولايه لهما فى الطلاق ثبتت فى النكاح: أما بالأولويه القطعيه حيث إن أمر الطلاق أعظم، و لذا ثبتت الولايه لهما على الصغير فى النكاح، فى حين لم تثبت لهما ذلك فى الطلاق. أو تمسكاً بقوله (عليه السلام): «ما أرى وليه إلّا بمنزله السلطان» فإنه ظاهر فى كونه من باب تطبيق الكبرى على الصغرى، و جعل ما للسلطان من صلاحيات فى مثل هذه القضيه له،

و حيث إن السلطان الذى هو الإمام المعصوم ولى بقول مطلق و من غير اختصاص بالنكاح يكون الأب أيضاً ولياً عليه كذلك.

إذن فما أفاده صاحب الجواهر (قدس سره) من ثبوت الولايه للأب و الجد على المجنون و المجنونه بقول مطلق، سواء اتصل جنونهما ببلوغهما أم انفصل «۲» هو الصحيح.

(۱) بلا خلاف فيه و فيما قبله، بل الحكم مما تسالم عليه الأصحاب، عدا ما نسب إلى ابن أبى عقيل من إثبات الولايه لهما على الثيب «۳» غير أنه مما لا شاهد له من النصوص مطلقاً، بل الأخبار المستفيضه دالّه على الخلاف.

(۲) كما اختاره جمله من الأصحاب، و أصرّ عليه صاحب الحدائق (قدس

---

(۱) الوسائل، ج ۲۲ كتاب الطلاق، أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ب ۳۵ ح ۲.

(۲) الجواهر ۲۹: ۱۸۶.

(۳) انظر مختلف الشيعه ۷: ۱۱۸.

....

سره) «۱». و تدلّ عليه نصوص كثيره صحيحه السند:

منها: صحيحه الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد اللّٰه (عليه السلام)، قال: «لا تستأمر الجاريه التى بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوجها، هو أنظر لها. و أما الثيب فإنها تستأذن و إن كانت بين أبويها إذا أرادا أن يزوجاها» «۲».

و منها: صحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّٰه (عليه السلام)، قال: سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، إلها مع أبيها أمر؟ فقال: «ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب» «۳».

و منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «لا تستأمر الجاريه إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر» و قال: «يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» «۴».

و منها: صحيحه أُخرى للحلبى عن أبى عبد اللّٰه (عليه السلام) فى الجاريه يزوجها أبوها

بغیر رضاء منها، قال: «لیس لها مع أبیها أمر، إذا أنکحها جاز نکاحه و إن کانت کارهه» «۵».

و الموضوع فی هاتین الصحیحتین و إن کانت هی الجاریه و هی تعمّ البکر و الثیب. إلّا أنهما بعد التخصیص بما دل علی لزوم استئذان الثیب تختصان بالبکر لا محاله.

و منها: صحیحه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل یصلح له أن یزوج ابنته بغیر اذنها؟ قال: «نعم، لیس یکون للولد أمر إلّا أن تکون امرأه قد دخل بها قبل ذلک، فتلک لا یجوز نکاحها إلّا أن تستأمر» «۶».

إلی غیر ذلک من النصوص الصحیحه الداله علی استقلال الولی بالأمر.

---

(۱) الحدائق ۲۳: ۲۱۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۳ ح ۶.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۳ ح ۱۱.

(۴) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۴ ح ۳.

(۵) تقدّمت فی ص ۲۰۵ ه ۱.

(۶) تقدّمت فی ص ۲۰۵ ه ۲.

....

و هذه النصوص لو لم یکن لها معارض، لتعین العمل بها و الالتزام بمضمونها، إلّا أن فی المقام معتبرتین تدلّان علی لزوم استشاره البکر و عدم استقلال الأب فی أمرها و هاتان المعتبرتان هما:

أوّلًا: معتبره منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «تستأمر البکر، و غیرها و لا تنکح إلّا بأمرها» «۱».

ثانیاً: معتبره صفوان، قال: استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر (علیه السلام) فی تزویج ابنته لابن أخیه، فقال: «افعل و یکون ذلک برضاها، فإن لها فی نفسها نصیباً». قال: و استشار خالد

بن داود موسى بن جعفر (علیه السلام) فی تزویج ابنته علی بن جعفر، فقال: «افعل و یکون ذلک برضاها، فإن لها فی نفسها حظاً» «۲».

و من هنا فلا بدّ من الرجوع إلی ما تقتضیه قواعد المعارضه. و حیث إن هاتین المعتبرتین توافقان الکتاب باعتبار أن مقتضی إطلاقاته عدم اعتبار إذن غیر المرأه فی العقد علیها و نفوذ عقدها مستقله، و تخالفان المشهور من الجمهور فإن المنسوب إلی الشافعی و أحمد و مالک القول باستقلال الأب «۳» تترجحان علی تلک الروایات مع کثرتها. و حینئذ فلا بدّ من حمل تلک علی التقیه، أو عدم استقلال البکر فی الزواج و اشتراط انضمام إذن الأب إلی رضاها.

ثمّ لو فرضنا عدم رجحان هاتین الروایتین علی ما دلّ علی استقلال الأب و التزمنا بتساقطهما جمیعاً نتیجه المعارضه، فلا یخفی أن مقتضی الأصل هو عدم نفوذ تصرف أحد بالنسبه إلی غیره. و علیه فلا بدّ من اعتبار رضاهما معاً، أما رضا الأب فلما دلّ علیه من غیر معارض، و أما رضاها فللقاعده و الأصل.

و الحاصل أن الروایات التی استدلّ بها علی استقلال الأب، علی طوائف ثلاث:

الاولی: ما تدلّ علی اعتبار رضا الأب فقط، و من دون تعرّض لاعتبار رضاها

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۳ ح ۱۰.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۹ ح ۲.

(۳) البحر الرائق ۳: ۱۱۷، تحفه الفقهاء ۱: ۱۵۲، المجموع ۱۶: ۱۴۹.

و استقلالها (۱)

نفیاً أو إثباتاً. و هذه الطائفه لا یمکنها معارضه المعتبرتین المتقدمتین معتبره منصور ابن حازم و معتبره صفوان لإمکان الجمع بینهما، بالقول باشتراکهما

فی الأمر و اعتبار رضاهما معاً.

الثانیه: ما تعارض المعتبرتین السابقتین بالإطلاق، و هی ما تضمنت نفی الأمر عنها و أنه لیس لها مع أبیها أمر، فإنه أعمّ من نفی استقلالها فی الأمر و نفی مشارکتها فیه. و هی أیضاً قابله للجمع مع المعتبرتین، بالالتزام باشتراکهما فی الأمر و تقیید إطلاق هذه النصوص. و لا یبعد دعوی ظهور بعض هذه الروایات فی نفی استقلالها کما یظهر ذلک من مقابلتها للثیب التی لها الأمر کلّه و تتصرّف فی نفسها بما شاءت مستقله.

الثالثه: ما دلّت علی استقلال الأب صریحاً، کصحیحه الحلبی الداله علی جواز إنکاحه لها و إن کانت هی کارهه. و هذه الطائفه و إن کانت تعارض المعتبرتین المتقدِّمتین، إلّا أنها لیست من الکثره بحیث یقطع بصدورها منهم (علیهم السلام).

و من هنا تتقدّم هاتان المعتبرتان علی هذه الطائفه، نظراً لموافقتهما للکتاب و السنّه، و مخالفتهما للمشهور من العامه.

و نتیجه ذلک اشتراک البنت و أبیها فی الأمر، و عدم استقلال کل منهما فیه، نظراً للطائفه الأُولی و الثانیه الدالتین علی اعتبار إذن الأب، و المعتبرتین الظاهرتین فی الاشتراک کما یظهر ذلک من التعبیر بالحظ و النصیب و الصریحتین فی اعتبار إذنها.

(۱) علی ما هو المشهور و المعروف بین القدماء و المتأخرین، بل ادعی علیه الإجماع فی کلمات السید المرتضی «۱».

و یقتضیه من الأدله العامه إطلاقات الآیات و النصوص الوارده فی النکاح، فإن العقد إنما هو الصیغه التی تقع بین الرجل و المرأه فیجب الوفاء به، سواء أرضی الأب

---

(۱) الانتصار: ۲۸۶.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۱۰

....

أو الجدّ أم لم یرضیا بذلک.

کما یقتضیه إطلاق قوله تعالی «وَ أُحِلَّ لَکُمْ مٰا وَرٰاءَ ذٰلِکُمْ» «۱».

و کذلک إطلاق ما دلّ علی

جواز نكاح المرأه بعد انقضاء عدتها، فإن مقتضاه عدم اعتبار إذن الولى من غير فرق فى ذلك بين البكر و الثيب.

و ما ورد فى معتبره ميسره، من جواز التزوج من المرأه التى تدعى خلوها من البعل «۲».

فهذه الإطلاقات و غيرها تقتضى استقلال البنت مطلقاً فى أمرها، بحيث لو كنا نحن و هذه الآيات و النصوص، و لم يكن هناك نص خاص يقتضى الخلاف، لكان القول باستقلالها هو المتعيّن.

و أما النصوص الخاصه، فقد استدل بجمله منها على استقلال البكر فى أمرها، إلّا أن هذه النصوص لا تخلو بأجمعها من الضعف فى الدلاله أو السند.

منها: صحيحه الفضلاء عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «المرأه التى قد ملكت نفسها، غير السفيهه و لا المولى عليها، تزويجها بغير ولى جائز» «۳». فإن المراد ب «المولّى عليها» هى من لها ولى عن غير النكاح قطعاً، إذ لو كان المراد به الولايه فى النكاح لكان الحمل ضرورياً و لم تكن هناك حاجه إلى بيانه، فإنّ من لا ولايه عليه فى النكاح نكاحه جائز بغير إذن الولى.

إلّا أن المناقشه فى الاستدلال بهذه الصحيحه تكاد أن تكون واضحه. فإن الموضوع فيها هى الجاريه و هى أعمّ من البكر و الثيب، و من هنا فلا تكون هذه الصحيحه صريحه فى المدعى و من النصوص الخاصه للمقام، و إنما هى مطلقه فيكون حالها حال الآيات و النصوص المتقدِّمه، لا تصلح لمعارضه ما دلّ على اعتبار إذن الولى، لو تمّت دلاله و سنداً.

---

(۱) سوره النساء ۴: ۲۴.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۳ ح ۵.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۳ ح

.۱

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۱۱

....

و منهـا: روایه زراره عن أبی جعفر (علیه السـلام)، قال: «إذا کانت المرأه مالکه أمرها، تبیع و تشتری و تعتق و تشـهد و تعطی من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغیر إذن ولیها. و إن لم تکن کذلک فلا یجوز تزویجها إلّا بأمر ولیّها» «۱».

إلّا أنها مطلقه کالصحیحه المتقدِّمه، فحالها حالها.

هـذا و قـد یقـال بأنها ضـعیفه سـنداً، من جهه جهاله طریق الشـیخ إلی علی بن إسـماعیل. و لکنّه لا یتم، فإنّ طریق الصـدوق إلیه صحیح، و طریق الشیخ إلی کتب الصدوق و روایاته صحیح، فیکون طریق الشیخ إلیه صحیحاً لا محاله. نعم، الروایه ضعیفه لعدم توثیق علی بن إبراهیم المیثمی نفسه، کما تقدّم.

و منها: روایه سعدان بن مسلم، قال: قال أبو عبد اللّه (علیه السلام): «لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت بغیر إذن أبیها» «۲».

و هی و إن کانت صـریحه دلاله، إلّا أنها ضـعیفه، لکن لا من جهه أن سعدان لم یرد فیه توثیق کما أفاده صاحب الحدائق (قدس سره) «۳» فـإنه ممن وقع فی إسـناد کامـل الزیـارات و تفسـیر علی بن إبراهیم، و قـد عرفت أن المختـار هو وثاقه کل من یقع فی أسناد هذین الکتابین، و إنما من جهه أن هذه الروایه قد رویت بطریقین:

الأوّل: ما رواه الشـیخ (قـدس سـره) بإسـناده عن محمّد بن علی بن محبوب، عن العباس و هو العباس بن معروف عن سـعدان بن مسلم، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «۴».

الثانی: ما رواه الشـیخ (قـدس سـره) بإسـناده عن محمـد بن أحمد بن یحیی، عن العباس بن معروف، عن سـعدان بن مسـلم، عن رجل، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)

«۵».

(۱) تقدّمت فی ص ۲۰۳ ه ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۹ ح ۴.

(۳) الحدائق.

(۴) التهذیب ۷: ۳۸۰/ ۱۵۳۸.

(۵) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱ ح ۴، التهذیب ۷: ۲۵۴/ ۱۰۹۵.

....

و حیث إن من المقطوع به أنّ النص روایه واحده، و أن سعدان لم یروها للعباس ابن معروف مره عن الإمام (علیه السلام) مباشره و أُخری عن رجل عنه (علیه السلام)، و کذا الحال بالنسبه إلی العباس بالقیاس إلی محمد بن علی بن محبوب و محمد ابن أحمد بن یحیی، کانت هذه الروایه غیر محرزه السند، لعدم إحراز کونها مسنده لا مرسله، فتسقط عن الحجیه لا محاله.

علی أننا لو فرضنا تمامیه هذه الروایه سنداً، فهی روایه شاذه لا یمکنها معارضه الأخبار الکثیره جدّاً بحیث تکاد تبلغ حدّ التواتر، الدالّه علی اعتبار رضا الأب فی الجمله استقلالًا أو اشتراکاً للجزم بصدورها و لو بعضاً منهم (علیهم السلام).

و منها: معتبره أبی مریم عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «الجاریه البکر التی لها الأب لا تتزوج إلّا بإذن أبیها» و قال: «إذا کانت مالکه لأمرها تزوجت متی ما شاءت» «۱». بدعوی حمل الجمله الأُولی علی الصغیره، و الثانیه علی البالغه الرشیده.

إلّا أن فی الاستدلال بها ما لا یخفی. فإن الموضوع فیها لیس هو الجاریه فقط و من غیر قید، و إنما هو الجاریه البکر، و هو مما یکشف عن وجود خصوصیّه للبکاره. و من هنا فلا یمکن حمل الجمله الأُولی علی خصوص الصغیره، و حمل الجمله الثانیه علی البالغه، لأنه یستلزم إلغاء خصوصیّه البکاره، باعتبار أن أمر الصبیه بید أبیها

سواء أ كانت باكراً أم ثيباً.

و على هذا الأساس فلا بدّ من حمل الجمله الثانيه: إما على فرض موت الأب، أو تثيب البنت بعد ذلك.

و منها: معتبره عبد الرحمٰن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «تزوّج المرأه من شاءت إذا كانت مالكه لأمرها، فإن شاءت جعلت وليّاً» «٢».

و فيها: أنه لو سلمنا صحّه حمل قوله (عليه السلام): «مالكه لأمرها» على البالغه فدلالتها على المدعى إنما هى بالإطلاق. و من هنا فيكون حالها حال الأخبار المطلقه

---

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٣ ح ٨.

و التفصيل بين الدّوام و الانقطاع باستقلالها فى الأوّل دون الثانى (١) و التشريك

المتقدِّمه، إنما يصحّ الاستدلال بها لو لم يثبت مخصّص.

هذه هى الأخبار التى يمكن الاستدلال بها على المدعى، و قد عرفت أنها جميعاً لا تخلو من الضعف فى الدلاله، أو السند، أو هما معاً.

نعم، هى موافقه للكتاب و عمومات السنّه، حيث قد عرفت أن مقتضاها نفوذ العقد مطلقاً، و عدم ثبوت سلطنه لأحد على غيره. إلّا أن ذلك لا يكفى فى المصير إلى هذا القول، لو ثبت هناك ما يدلّ على سائر الأقوال.

و قد ظهر لك الحال فيما تقدّم فى التعليقه السابقه، و سنزيد ذلك وضوحاً فيما يأتى إن شاء اللّه.

(١) تمسكاً بإطلاقات أدله النكاح المنقطع، بعد فرض انصراف ما دلّ على اعتبار رضا الأب إلى العقد الدائم.

و فيه ما لا يخفى. فإنّ دعوى الانصراف فى غير محلّها، فإنّ المتعه نوع و قسم من النكاح، يجرى عليها

جمیع الأحکام الثابته لعنوان الزواج، کحرمه الأم، أو البنت فی فرض الدخول، و حرمتها هی بالزنا بها و هی ذات البعل، أو التزوج بها فی أثناء العدّه مع الدخول أو العلم بالحال.

علی أنه لو سلم ذلک، ففی المقام معتبرتان تدلّان علی اعتبار إذن الأب فی خصوص المتعه، و هما:

أوّلًا: صحیحه البزنطی عن الرضا (علیه السلام)، قال: «البکر لا تتزوج متعه إلّا بإذن أبیها» «۱».

ثانیاً: صحیحه أبی مریم عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «العذراء التی لها أب لا تزوّج متعه إلّا بإذن أبیها» «۲».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱ ح ۵.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱ ح ۱۲.

....

و من هنا یکون حکم المتعه حکم الزواج الدائم فی اعتبار رضا الأب.

نعم، فی خصوص المتعه دلّت روایتان علی جوازها من غیر إذن الأب فیما إذا اشترطا عدم الدخول، و هما:

أوّلًا: روایه الحلبی، قال: سألته عن التمتع من البکر إذا کانت بین أبویها بلا إذن أبویها، قال: «لا بأس ما لم یقتضّ ما هناک لتعفّ بذلک» «۱».

ثانیاً: روایه أبی سعید القماط عمّن رواه، قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): جاریه بکر بین أبویها تدعونی إلی نفسها سراً من أبویها، أفعل ذلک؟ قال: «نعم و اتق موضع الفرج». قال: قلت: فإن رضیت بذلک؟ قال: «و إن رضیت، فإنه عار علی الأبکار» «۲».

و هاتان الروایتان لو تمتا سنداً فلا محیص عن الالتزام بمضمونهما، لعدم المعارض لهما، و بذلک فتکونان مخصصتین لما دل علی اعتبار إذن الأب فی تزویج البکر.

إلّا أنهما ضعیفتان سنداً، و لا تصلحان للاعتماد علیهما.

و ذلک أما الثانیه فلوقوع محمّد بن سنان

فی الطریق، مضافاً إلی إرسالها.

و أمّا الاولی فقد ذکرها الشیخ بإسناده عن أبی سعید. و قد ذکر (قدس سره) فی (الفهرست) أن أبا سعید له کتاب الطّهاره ثمّ ذکر طریقه إلیه «۳» غیر أنه لم یذکر أنه من هو بالذات. و من هنا فتکون الروایه ضعیفه من حیث جهاله أبی سعید، علی أن طریقه (قدس سره) إلیه ضعیف بأبی الفضل.

ثمّ لو فرضنا أن المراد بأبی سعید هو أبو سعید القماط، فلم یعلم طریق الشیخ (قدس سره) إلیه. و ذلک لأن المعروف من أبی سعید هو خالد بن سعید القماط، و هو و إن کان من الثقات إلّا أن الشیخ (قدس سره) لم یذکر طریقه إلیه بعنوانه و لعلّه غفله منه (قدس سره) و إنما ذکر طریقه إلی أبی سعید و قد عرفت ضعفه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱ ح ۹.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱ ح ۷.

(۳) الفهرست: ۱۸۴ رقم ۸۲۳.

بمعنی: اعتبار إذنهما معاً (۱). و المسأله مشکله، فلا یترک مراعاه الاحتیاط بالاستئذان منهما.

---

(۱) هذا القول هو المتعیّن فی المقام، لما فیه من الجمع بین النصوص الوارده و لخصوص ظهور قوله (علیه السلام) فی معتبره صفوان: «فإنّ لها فی نفسها نصیباً» أو: «فإن لها فی نفسها حظاً» فإنهما ظاهران فی عدم استقلالها، و کون بعض الأمر خاصّه لها.

هذا کلّه مضافاً إلی صحیحه زراره بن أعین، قال: سمعت أبا جعفر (علیه السلام) یقول: «لا ینقض النکاح إلّا الأب» «۱».

و صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «لا ینقض النکاح إلّا الأب» «۲».

فإنه و بعد الالتفات إلی أنه إنما یکون

بالنسبه إلى الأمر المبرم، و أن المقصود من العقد المبرم في المقام لا يمكن أن يكون العقد الصحيح بالفعل، لأنه غير قابل للنقض مطلقاً إذ ليس لأحد الخيار في فسخ النكاح الصحيح جزماً و إجماعاً من المسلمين قاطبه، لا بدّ من الحمل على الإبرام الشأني و الصحّه التأهليه، أي ما يكون صادراً من أهله و واقعاً في محلِّه، بحيث له قابليه الإتمام و الصحّه عند استكمال سائر الشروط المعتبره.

و استعمال الإبرام في هذا المعنى ثابت في غير هذا المورد أيضاً، فقد ورد في أبواب الصلاه أن من أجهر في موضع الإخفات، أو أخفت في موضع الجهر، فقد نقض صلاته «۳». فإن من الواضح أنه ليس المقصود بذلك هو نقض الصلاه المحكومه بالصحّه بالفعل.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۴ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۴ ح ۵.

(۳) انظر الوسائل ۶: ۷۷، أبواب القراءه في الصلاه، باب ۲۲ ح ۷۳۹۳.

....

و على هذا الأساس تدلّ هاتان المعتبرتان على اشتراك الأمر في التزويج بين البنت و أبيها، لانحصار موردهما في تزوّج البكر بغير إذن أبيها و ذلك لأن الثيب ليس لأبيها نقض عقدها مطلقاً، و عقد الصبيه محكوم بالبطلان و إن إذن الأب فإن العقد محكوم بالصحّه حينئذ، لأنه صادر من أهله و واقع في محله، غايه الأمر أن الصحّه هذه شأنيه و تأهليه متوقفه على رضا الأب، فإن رضي به صح بالفعل، و إلّا انتقضت الصحّه الشأنيه أيضاً.

ثمّ إن مما يدلنا على أن المراد بالنقض في هاتين المعتبرتين هو ما يقابل الإبرام الشأني لا الإبرام

الحقیقی، إطلاقهما الشامل للولد و البنت البکر و الثیب. إذ لو کان المراد به الثانی، لکان مقتضاه أنّ للأب أن ینقض کل عقد صحیح و تامّ صادر من ابنه أو بنته البکر و الثیب و هو مقطوع البطلان، و لا موجب لحملهما علی خصوص البکر إذ لا قرینه تساعد علیه. و هذا بخلاف ما لو کان المراد به الأوّل، فإنهما حینئذ تختصان بالبکر و لا تعمّان الولد و الثیب، لکون عقدهما محکوماً بالصحّه و الإبرام الفعلیین.

و الحاصل أن الصحیح فی الاستدلال علی الاشتراک، هو التمسک بهاتین الصحیحتین المتضمنتین لحقّ الأب فی نقض العقد و موثقه صفوان.

و أما صحیحه منصور بن حازم فلا تصلح للاستدلال بها علی المدعی، لکونها مطلقه فتقید بقوله (علیه السلام) فی صحیحه محمد بن مسلم: «یستأمرها کل أحد عدا الأب».

ثمّ إن المعروف و المشهور بینهم عدم اختصاص الولایه علی البنت الباکر بالأب و ثبوتها للجد أیضاً، و علی هذا الأساس حکموا بصحّه عقدها لو أذن الجد فی ذلک غیر أن بعضهم ذهب إلی اختصاصها بالأب فقط و عدم ثبوتها للجد.

و کأن الوجه فی ذلک عدم ورود ذکر للجدّ فی شی ء من روایات المقام علی اختلاف ألسنتها، عدا ما ورد فی نسخه من التهذیب من إضافته إلی ذیل قوله (علیه السلام): «لا ینقض النکاح إلّا الأب» فی صحیحه زراره بن أعین المتقدِّمه، إلّا أنها نسخه لم تثبت.

لکن الظاهر أن الصحیح هو ما ذهب إلیه المشهور، إذ لا یبعد دعوی أن المراد

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۱۷

و لو تزوّجت من دون إذن الأب، أو زوّجها الأب من دون إذنها، وجب (۱) أما إجازه الآخر، أو الفراق بالطلاق.

بالأب ما یعم الأب بلا واسطه

و الأب مع الواسطه.

و الذی یدلّنا علی ذلک جمله من الروایات المعتبره الداله علی ثبوت الولایه للجد فی کل مورد ثبتت للأب، معللًا ذلک بأن فعل الجد نافذ علی الأب، و بذلک تکون حاکمه علی أدله اعتبار إذن الأب فی نکاح البکر، و هی کثیره:

منها: معتبره عبید بن زراره عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «إذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز علی ابنه» قال: «و لابنه أیضاً أن یزوّجها، فإن هوی أبوها رجلًا و جدّها رجلًا، فالجدّ أولی بنکاحها» «۱». فإنها و بإطلاقها تشمل الصغیره و الکبیره البکر.

و منها: صحیحه علی بن جعفر عن أخیه موسی بن جعفر (علیه السلام)، قال: سألته عن رجل أتاه رجلان یخطبان ابنته فهوی أن یزوج أحدهما و هوی أبوه الآخر، أیّهما أحقّ أن ینکح؟ قال: «الذی هوی الجد أحق بالجاریه، لأنّها و أباها للجدّ» «۲».

و منها: معتبره الفضل بن عبد الملک عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «إن الجد إذا زوّج ابنه ابنه، و کان أبوها حیاً و کان الجد مرضیاً، جاز» «۳». و مقتضی إطلاقها و إن کان الجواز علی الإطلاق، إلّا أنها و بقرینه الروایات السابقه تحمل علی الجواز علی الأب خاصه. و هی بإطلاقها تعمّ الصغیره و الکبیره البکر.

(۱) احتیاطاً، فراراً من الوقوع فی الحرام.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۱ ح ۷.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۱ ح ۸.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۱ ح ۴.

نعم، إذا عضلها الولی، أی منعها من التزویج

بالكف ء، سقط اعتبار إذنه (١).

---

(١) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، بل ادعى عليه الإجماع فى كلمات غير واحد.

و قد يستدلّ له بقوله تعالى «فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ» «١».

إلّا أن فساده أوضح من أن يخفى، فإنّ الموضوع فى هذه الآيه الكريمه إنما هو المطلّقات المدخول بهنّ، كما يشهد لذلك قوله تعالى فى صدرها «وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ».

و من هنا فتكون الآيه الكريمه أجنبيه عن محلّ كلامنا بالكليه، فإن موضوعها عدم جواز منع المطلقه المدخول بها من التزوج بغير زوجها الأوّل، أو الرجوع إليه بعد العدّه، و أين هذا من عدم ثبوت الولايه للأب على ابنته البكر فى فرض عضلها و منعها من التزويج بالكف ء! فالصحيح فى الاستدلال هو التمسّك:

أوّلًا: بمناسبات الحكم و الموضوع، فإنّ المستفاد من جمله من النصوص أن ولايه الأب ثابته لها لا عليها، و من الواضح أن هذا إنما يقتضى النظر فى أمرها و مراعاه مصلحتها فى كل ما يقوم به لها.

ثانياً: ما ورد فى المرأه إذا طلقها زوجها طلاقاً صحيحاً على وفق مذهبه و باطلًا عندها كتطليقها ثلاثاً من جواز تزوّج الغير لها، معللًا ذلك بأنها لا تبقى معطله و لا تترك بلا زوج «٢» حيث يعلم من هذا التعليل عدم ثبوت الولايه للأب، بمعنى منعها من التزويج بالمرّه، باعتبار أن المرأه لا تبقى معطله و لا تترك بلا زوج.

ثالثاً: صحيحه أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر (عليه السلام)، إن رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) قال لرجل: «أنت و مالك لأبيك» ثمّ قال أبو جعفر (عليه السلام):

---

(١) سوره البقره ٢: ٢٣٢.

(٢) الوسائل، ج ٢٢ كتاب الطلاق، أبواب مقدماته و شروطه، ب

۳۰ ح ۳، ۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۱۹

و أمّا إذا منعها من التزویـج بغیر الکف ء شـرعاً (۱) فلا یکون عضلًا (۲). بل و کـذا لو منعها من التزویـج بغیر الکف ء عرفاً (۳) ممن فی تزویجه غضاضه و عار علیهم کان کفأً شرعیاً. و کذا لو منعها من التزویج بکف ء معین مع وجود کف ء آخر (۴).

مـا أحبّ أن یأخـذ من مـال ابنه إلّا ما احتاج إلیه مما لا بـدّ منه، إنّ اللّهُ لٰا یُحِبُّ الْفَسٰادَ» «۱». فإن تحدیـد ولایه الأب إذا ثبت فی المال، ثبت فی العرض بطریق أولی فلا یکون للأب منعها عن التزویج بالمره، لأنه فیه الفساد وَ اللّهُ لٰا یُحِبُّ الْفَسٰادَ.

رابعاً: دلیل نفی الحرج إذا فرضـنا أن فی بقائها کـذلک حرجاً، فإن هـذا الدلیل یرفع فی هذه الحاله اعتبار إذن الأب و الجد علی نحو الاستقلال أو الاشتراک.

و تقریب ذلـک: أن المسـتفاد من إطلاقـات الآیات الکریمه و النصوص الشـریفه، أن أمر الزواج إنما هو بیـد المرأه نفسـها و من دون أن یکون للأب أو الجـد دخـل فیه، و قـد رفعنا الیـد عن ذلک لما دلّ علی اعتبار رضاهما، فإنّ هـذه النصوص تقیـد تلک الإطلاقات لا محاله، لکن هـذه النصوص لما کانت هی نفسـها مقیده بغیر فرض الحرج لدلیل نفی الحرج، کان المقید للمطلقات هو خصوص ما لم یکن اعتبار إذنه حرجیاً.

(۱) و المراد به هو من ورد النهی عن التزویـج بهم و لو بنحو الکراهه، کشـارب الخمر، و تـارک الصـلاه و المتجـاهر بـالفسق. و لیس المراد به من یفقـد الکفاءه المعتبره شـرعاً فی صـحّه النکاح، کالإسـلام إذا کانت المرأه مسـلمه، إذ إنها لا بدّ منها و بدونها یحکم ببطلان العقد، سواء

أذن الأب أم لم يأذن، كانت البنت بكراً أم ثيباً.

و ليس هذا الفرض محلّاً للخلاف، من حيث كونه عضلًا و عدمه، و سقوط ولايه الأب و الجد و عدمه.

(٢) لشمول أدله الولايه بإطلاقها لهذا الفرض أيضاً.

(٣) لإطلاقات أدله اعتبار إذن الأب و ولايته، و عدم ما يقتضى الخلاف.

(۴) لشمول إطلاقات أدله اعتبار إذنه لهذه الصوره أيضاً.

---

(١) الوسائل، ج ١٧ كتاب التجاره، أبواب ما يكتسب به، ب ٧٨ ح ٢.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٢٢٠

و كذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه، مع حاجتها إلى التزويج (١).

[مسأله ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء]

[٣٨۶۵] مسأله ٢: إذا ذهبت بكارتها [١] بغير الوطء من وثبه و نحوها فحكمها حكم البكر (٢).

---

(١) بلا خلاف فيه. و يقتضيه ما دلّ على سقوط ولايه الأب عند العضل، فإنه بحكمه.

(٢) محتملات المراد بالبكاره ثلاثه:

الأوّل: من لم تذهب عذرتها.

الثاني: من لم تتزوّج.

الثالث: من لم يدخل بها.

و الروايات الوارده فى المقام على كثرتها لم تتعرّض إلى معنى البكر و الثيب بهذين العنوانين، و الذى يظهر من اللغه و يساعد عليه العرف أنّ البكر هى التى لم يدخل بها، و هو المستفاد من قوله تعالى «إِنّٰا أَنْشَأْنٰاهُنَّ إِنْشٰاءً. فَجَعَلْنٰاهُنَّ أَبْكٰاراً» «١» بضميمه قوله تعالى «فِيهِنَّ قٰاصِرٰاتُ الطَّرْفِ لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنْسٌ قَبْلَهُمْ وَ لٰا جَانٌّ» «٢».

فإنّ من الواضح أن الآيه الثانيه ناظره للأُولى، و بصدد تفسير ما ورد فيها من وصف حور الجنه بالأبكار، كما يظهر ذلك جلياً

من الآيات المتقدِّمه و المتأخره عن الآيتين المذكورتين.

هذا كلّه مضافاً إلى صراحه صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل، هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟

---

[۱] يعنى عذرتها، و

إلّا فالبكاره لا تزول بغير الوطء.

---

(١) سوره الواقعه ۵۶: ۳۵ ۳۶.

(٢) سوره الرحمٰن ۵۵: ۵۶.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۲۱

و أمّا إذا ذهبت بالزّنا أو الشّبهه ففيه إشكال (١).

قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر» «١» فی أن المرأه التی لا- تحتاج إلی إذن أبيها فی صحّه النكاح إنما هی التی دخل بها، و من هنا فتكون هذه الروايه شارحه للنصوص الكثيره الداله علی احتياج البكر إلی إذن أبيها فی نكاحها.

و علی هذا الأساس يظهر صحّه ما أفاده الماتن (قدس سره)، من أن البكاره إذا ذهبت بغير الوطء فحكمها حكم البكر.

(١) بعد ما عرفت أن المراد بالبكر هی من لم يدخل بها، يقع الكلام فی أنه هل لا يعتبر إذن الأب فی نكاح مطلق الثيب، أو أنه يختص بالتی دخل بها دخولًا شرعياً صحيحاً؟

مقتضی إطلاق صحيحه علی بن جعفر المتقدِّمه هو الأوّل، فإنه (عليه السلام) لم يعتبر فی اعتبار استثمار المرأه إلّا الدخول بها من غير تعرض لاعتبار كون ذلک عن زواج صحيح، إلّا أن هناک عده روايات قد يستدلّ بها علی الثانی:

منها: صحيحه الحلبی عن أبی عبد اللّٰه (عليه السلام)، أنه قال فی المرأه الثيب تخطب إلی نفسها، قال: «هی أملک بنفسها، تولی أمرها من شاءت إذا كان كفأً بعد أن يكون قد نكحت رجلًا قبله» «٢».

و منها: روايه عبد الرحمٰن بن أبی عبد اللّٰه، قال: سألت أبا عبد اللّٰه (عليه السلام) عن الثيب تخطب إلی نفسها، قال: «نعم، هی أملک بنفسها، تولی أمرها من شاءت إذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله» «٣» و غيرهما من الأخبار.

---

(١) الوسائل،

ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۹ ح ۸.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۳ ح ۴.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۳ ح ۱۲.

و لا یبعد الإلحاق [۱]، بدعوی أن المتبادر من البکر من لم تتزوّج (۱). و علیه فإذا تزوّجت و مات عنها أو طلقها قبل أن یدخل بها، لا یلحقها حکم البکر (۲). و مراعاه الاحتیاط أوْلی.

إلّا أن الأخبار الوارده بهذا المضمون جمیعاً باستثناء صحیحه الحلبی ضعیفه الإسناد، فإن روایه عبد الرحمٰن بن أبی عبد اللّه ضعیفه بالقاسم الذی یروی عن أبان فإنه مشترک بین الثقه و غیره.

و أما صحیحه الحلبی فهی قاصره من حیث الدلاله، فإنه (علیه السلام) لیس بصدد بیان القضیه الشرطیه و إن النکاح معتبر فی کونها «أملک بنفسها» و إنما هو (علیه السلام) بصدد تکرار الموضوع المسئول عنه أعنی الثیب بلسان ذکر الوصف الغالب، باعتبار أن الثیبوبه غالباً ما تکون بالنکاح، فیکون المعنی أن المرأه أملک بنفسها إذا کانت ثیبه. و من هنا فلا تکون للروایه دلاله فی تقیید الثیبوبه بالتی زالت عذرتها بالدخول بها بالنکاح الصحیح، بل التقیید بعد الروایات المطلقه و تصریح صحیحه علی بن جعفر باعتبار الدخول خاصه بعید جدّاً.

(۱) ما أفاده (قدس سره) مذکور فی روایه واحده خاصه، هی روایه إبراهیم بن میمون عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «إذا کانت الجاریه بین أبویها فلیس لها مع أبویها أمر، و إذا کانت قد تزوجت لم یزوجها إلّا برضا منها» «۱».

إلّا أنها مضافاً إلی ضعف سندها بإبراهیم بن میمون

مطلقه لا- تصلح لمعارضه صحيحه على بن جعفر المتقدِّمه، بل المتعين رفع اليد عن إطلاقها، و حملها على الغالب فى الزواج حيث يستتبع الدخول بها.

(٢) ظهر الحال فيه ممّا تقدّم.

---

[١] بل هو بعيد، و دعوى التبادر لا أساس لها.

---

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ٩ ح ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٢٣

[مسأله ٣: لا يشترط فى ولايه الجدّ حياه الأب و لا موته]

[٣٨٦٦] مسأله ٣: لا يشترط فى ولايه الجدّ حياه الأب و لا موته (١).

---

(١) لإطلاقات الأدلّه الدالّه على ولايه الجد فى النكاح، فإنها و إن كان موردها جميعاً فرض وجود الأب، إلّا أن المتفاهم العرفى منها ثبوت الولايه لكل من الأب و الجدّ على نحو الإطلاق، و من دون تقييد ولايه كل منهما بفرض وجود الآخر أو عدمه، فإنّ مجرّد فرض وجود الأب لا يوجب تقييداً فى إطلاق جعل الولايه له.

ففى صحيحه محمّد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضاً أن يزوجها». فقلت: فإن هوى أبوها رجلًا و جدّها رجلًا؟ فقال: «الجدّ أولى بنكاحها» «١». و من الواضح أن مقتضى إطلاقها كون ولايه الجدّ مطلقه و غير مقيّده بوجود الأب، و إن فرض ذلك فى فرض وجوده.

و مثلها معتبره عبيد بن زراره المتقدِّمه «٢» فإن المستفاد منها ثبوت الولايه للجدّ على حدّ ثبوتها للأب، بل كونها أقوى من ولايه الأب.

و لعل الأوضح منها دلاله صحيحه على بن جعفر المتقدِّمه أيضاً «٣» المتضمِّنه لتعليل الحكم بكون إنكاح الجد للبنت مقدماً على إنكاح الأب بقوله: «لأنها و أباها للجدّ» إذ من الواضح أنه ليس المراد كون مجموعهما بما هو مجموع للجد، و إنما المراد كون

كل منهما على حده مستقلا له، و مقتضى هذا ثبوت الولايه المطلقه على البنت سواء أ كان الأب موجوداً أم كان ميتاً.

ثمّ إنه قد يتمسك لإثبات الحكم بالمقام بالاستصحاب، بدعوى أن الولايه كانت ثابته للجد فى حياه الأب، فعند الشك فى ثبوتها بعده يستصحب بقاؤها.

إلّا أنه مدفوع بما تقدّم غير مره، من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام الكليه. على أنه لا يتمّ إلّا فيما إذا كانت هناك حاله سابقه متيقنه، فلا يتمّ فى مثل ما لو كانت البنت حين موت أبيها حملًا فى بطن أُمها.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۱ ح ۱.

(۲) تقدّمت فى ص ۲۱۷ ه ۱.

(۳) تقدّمت فى ص ۲۱۷ ه ۲.

و القول بتوقّف ولايته على بقاء الأب كما اختاره جماعه ضعيف (۱). و أضعف منه القول بتوقّفها على موته (۲) كما اختاره بعض العامّه.

[مسأله ۴: لا خيار للصغيره إذا زوّجها الأب]

[۳۸۶۷] مسأله ۴: لا خيار للصغيره إذا زوّجها الأب [۱] أو الجدّ بعد بلوغها و رشدها، بل هو لازم عليها (۳).

---

(۱) نسب القول به إلى جمله من الأصحاب.

و استدل عليه بصحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدِّمه عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «إن الجد إذا زوّج ابنه ابنه، و كان أبوها حياً و كان الجدّ مرضياً جاز» «۱». فإن مقتضى مفهوم الشرط عدم ثبوت الولايه له عند عدم الأب، و إلّا لكان الشرط لغواً.

إلّا أن للمناقشه فى ذلك مجالًا. فإنّ الظاهر عدم ثبوت المفهوم لهذا الشرط، و ذلك لأن المصرح به فى جمله من الروايات المعتبره، أنّ المراد بالجواز فى المقام هو الجواز على الأب، بمعنى أنه ليس له معارضه الجد و نقض

إنكاحه لها. و من هنا يكون ذكر الشرطيه فى هذه الصحيحه من قبيل القضايا التى تساق لبيان وجود الموضوع، فإنّه إذا لم يكن الأب موجوداً لم يكن موضوع لمعارضه الجد، و كون ولايه الجدّ نافذةً فى حقِّه. و إذا لم يكن للشرطيه مفهوم، كانت المطلقات سالمه عن المعارض و المقيّد.

إذن فالصحيح فى المقام هو ما ذهب إليه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره)، من ثبوت الولايه للجدّ مطلقاً.

(٢) فإنّه باطل جزماً، لدلاله جمله كبيره من النصوص على ثبوت الولايه له فى حياه الأب، بل و كون ولايته أقوى من ولايه الأب، و لذا يتقدم إنكاحه على إنكاح الأب، ما لم يكن إنكاح الأب أسبق زماناً من إنكاحه.

(٣) و يقتضيه مضافاً إلى إطلاقات ما دلّ على نفوذ عقد الأب و الجد خصوص

---

[١] هذا هو المعروف، بل ادعى فيه عدم الخلاف، إلّا أنّ فى روايه صحيحه ثبوت الخيار لها و للصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوّجهما أبواهما حال الصِّغر، فالاحتياط فى هذه الصوره لا يُترك.

---

(١) تقدّمت فى ص ٢١٧ ه ٣.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٢٥

....

صحيحه عبد اللّه بن الصلت، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الجاريه الصغيره يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت، قال: «لا، ليس لها مع أبيها أمر» «١».

و صحيحه على بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام): أ تزوّج الجاريه و هى بنت ثلاث سنين، أو يزوّج الغلام و هو ابن ثلاث سنين، و ما أدنى حدّ ذلك الذى يُزوّجان فيه، فإذا بلغت الجاريه فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليّها» «٢». إلى غيرهما من النصوص التى تكاد تبلغ حد التظافر.

إلّا أن

بإزائها روايتين:

الأُولى: روايه يزيد الكناسی، قال: قلت لأبی جعفر (عليه السلام): متی يجوز للأب أن يزوِّج ابنته و لا يستأمرها؟ قال: «إذا جازت تسع سنين، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين» «۳».

إلّا أن هذه الروايه لا يمكن العمل بها من جهه بُعد التفصيل المذكور فيها، فإنه لا يحتمل ثبوت الخيار للتی زوّجها الأب قبل تسع سنين، و عدم ثبوته للتی زوّجها بعد ذلك، مع معارضتها للنصوص الكثيره الداله علی نفوذ إنكاح الأب، و أنه ليس لها من الأمر شی ء. و فی مقام حلّ المعارضه لا ينبغی الشك فی تقدّم تلك عليها.

علی أنها ضعيفه السند. فإن المذكور فی نسخ التهذيب و الاستبصار و إن كان يزيد الكناسی «۴» إلّا أنه لم يثبت توثيقه أيضاً. و ذلك لأن النجاشی (قدس سره) ذكر يزيد أبا خالد القماط و وصفه بأنه كوفی و وثّقه «۵». و الشيخ (قدس سره) ذكر يزيد الكناسی فی كتابه الرجال و أفاد أنه ينتسب إلی كناسه محله فی الكوفه، من دون أن يذكر له توثيقاً «۶» لكنه (قدس سره) لم يتعرض لذكر يزيد أبی خالد القماط لا فی الفهرست

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۶ ح ۳.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۶ ح ۷.

(۳) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۶ ح ۹.

(۴) التهذيب ۷: ۳۸۲/ ۱۵۴۴، الإستبصار ۳: ۲۳۷/ ۸۵۵.

(۵) رجال النجاشی: ۴۵۲ رقم ۱۲۲۳.

(۶) رجال الطوسی: ۱۴۹ رقم ۱۶۵۵.

....

و لا فی الرجال، و هو ممّا يوجب الاطمئنان

بأن يزيد الكناسی هو يزيد أبو خالد القماط، و حينئذ فينفع توثيق النجاشی ليزيد أبی خالد القماط فی إثبات وثاقه يزيد الكناسی.

غير أن ذلك معارض بأن البرقی الذی هو أقدم من الشيخ و أعرف منه بالرجال لقرب عهده إلی الرواه ذكر العنوانين معاً، فقد ترجم يزيد الكناسی و يزيد أبا خالد القماط كلّاً علی حده «۱» و هو إنما يكشف عن عدم اتحاد الرجلين. و علی هذا الأساس فلا تنفع وثاقه يزيد أبی خالد القماط فی إثبات وثاقه يزيد الكناسی.

و عليه فتكون الروايه ساقطه عن الاعتبار سنداً.

الثانيه: صحيحه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الصبی يزوّج الصبيه، قال: «إن كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، و لكن لهما الخيار إذا أدركا» «۲».

و هی كما تری واضحه الدلاله بل صريحه الدلاله فی عدم لزوم العقد الصادر من الولی، و ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ، فإن حمل الخيار علی الطّلاق كما أفاده الشيخ (قدس سره)- «۳» بعيد غايته، و لا وجه للمصير إليه.

و من هنا فهی صالحه لتقييد ما تقدّم من النصوص، الداله علی نفوذ عقد الأب أو الجد بغير هذا الفرض، اعنی ما لو كان كل من الزوجين صغيراً. إلّا أنه لم يعلم قائل به من فقهائنا.

و عليه فإن تمّ إجماع علی عدم ثبوت الخيار لها فهو، و به يتعيّن رفع اليد عن هذه الصحيحه و ردّ علمها إلی أهله، و إلّا فيتعيّن العمل بها، حيث قد عرفت مراراً أن إعراض المشهور عن الروايه المعتبره لا يوجب وهنها و سقوطها عن الحجيه.

و حينئذ فلا أقلّ من الالتزام بالاحتياط بالطلاق عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ.

---

(۱) رجال البرقی: ۳۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب

النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۶ ح ٨.

(٣) التهذيب ٧: ٣٨٢.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٢٢٧

و كذا الصغير على الأقوى (١).

---

(١) و هو المشهور و المعروف بين الأصحاب، و يدلّ عليه جمله من النصوص المعتبره.

كصحيحه الحلبى، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه فى صغره، أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «أما تزويجه فهو صحيح، و أما طلاقه فينبغى أن تحبس امرأته حتى يدرك» «١».

و صحيحه عبيد بن زراره، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يزوّج ابنه و هو صغير، قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن» «٢». فإن تفصيله (عليه السلام) فى المهر دالّ على المفروغيه عن صحّه النكاح.

و صحيحه الفضل بن الملك، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجل يزوّج ابنه و هو صغير، قال: «لا بأس» «٣». و غيرها من النصوص المعتبره.

فإن مقتضى إطلاق الصحيحه فى هذه النصوص، هو النفوذ حتى بعد بلوغ الطفل و فسخه للعقد.

و دعوى أن الصحّه لا تنافى عدم اللزوم و ثبوت الخيار، نظراً إلى أن موضوع الخيار هو العقد المحكوم بالصحّه، إذ لا مجال للبحث عن الخيار فى العقد المحكوم بالبطلان.

مدفوعه بأن موضوع الخيار إنما هو نفس الصحّه، و عدم الخيار مستفاد من إطلاقها لا منها بنفسها، فلا يكون هناك أى محذور.

ثمّ إن هذه النصوص و إن كانت بأجمعها وارده فى الأب، إلّا أنه لا بدّ من التعدى إلى الجدّ، و ذلك لما ذكرناه فى إثبات الولايه للجد على البنت الباكر، فإنّ تلك الوجوه

---

(١)

الوسائل، ج ۲۶ کتاب الفرائض و المواریث، أبواب میراث الأزواج، ب ۱۱ ح ۴.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المهور، ب ۲۸ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المهور، ب ۲۸ ح ۲.

و القول بخیاره فی الفسخ و الإمضاء (۱) ضعیف.

تأتی بعینها فی المقام.

(۱) نسب هذا القول إلى الشیخ «۱» و ابن البراج «۲» و ابن حمزه «۳» و ابن إدریس «۴» (قدس سرهم).

و ذکر فی وجهه مضافاً إلى التمسک بصحیحه محمد بن مسلم و خبر یزید الکناسی المتقدِّمتین أن الحال فی الابن یختلف عن البنت من حیث احتمال تطرّق الضّرر علیهما، فإنّ الابن یجب علیه بذل المهر و النفقه دون مقابل، بخلاف البنت حیث إنها تأخذهما دون أن تخسر شیئاً. و من هنا لا بدّ من جعل الخیار للابن، لکی یتمکن من دفع الضرر عن نفسه، دون البنت حیث إنها لیست بحاجه إلیه.

و فیه: أن ما ذکروه لا یرجع إلى محصل، فإنه وجه اعتباری صرف لا یمکن إثبات الحکم الشرعی به. على أن النکاح و إن کان من الأُمور الاعتباریه، إلّا أنه أشبه الأُمور بالمعاوضه. و من هنا فلا یکون بذل الرجل للمهر و النفقه بإزاء لا شی ء، فإنه إنما یملک الزوجیه بإزاء ما یبذله، کما إن المرأه لا تحصل علیهما بإزاء لا شی ء، فإنها إنما تفقد حریتها و تکون تحت سیطره الغیر و فی حبالته بإزاء ما تقبضه، فکل منهما یحصل على شی ء و یفقد بإزائه شیئاً.

و علیه فإن کان فی المقام خیار وجب أن یثبت لهما، و إن لم یکن فهو غیر ثابت لهما أیضاً.

و أمّا خبر یزید الکناسی، فقد عرفت الحال فیه

فلا نعيد.

نعم، صحيحه محمد بن مسلم دالّه على ثبوت الخيار، و بذلك تكون مقيّده لما تقدّم من المطلقات. إلّا أنها و كما عرفت تختص بما إذا كان الزوجان معاً صغيرين، فلا

---

(۱) النهايه: ۴۶۷.

(۲) المراسم: ۱۴۸.

(۳) الوسيله: ۳۰۰.

(۴) السرائر ۲: ۵۶۲ و ۵۶۳.

و كذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (۱).

[مسأله ۵: يشترط فی صحّه تزويج الأب و الجدّ و نفوذه عدم المفسده]

[۳۸۶۸] مسأله ۵: يشترط فی صحّه تزويج الأب و الجدّ و نفوذه عدم المفسده (۲) و إلّا يكون العقد فضوليّاً كالأجنبی، و يحتمل عدم الصحّه [۱] بالإجازه

تشمل ما لو زوّج الأب الصغير من المرأه البالغه.

(۱) يظهر الحال فيه ممّا تقدّم، فإنّ مقتضى إطلاق صحّه العقد الصادر من وليّه و نفوذه، هو عدم ثبوت الخيار له بعد إفاقته.

(۲) اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.

و يدلّنا عليه، مضافاً إلى عموم صحيحه أبی حمزه الثمالی المتقدِّمه المتضمنه لقوله تعالى «وَ اللّٰهُ لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ» حيث إن مقتضاه عدم الفرق بين المال و النكاح.

و قوله (عليه السلام) فی صحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدِّمه أيضاً: «و كان الجدّ مرضياً» حيث إن ظاهر التقييد و بملاحظه مناسبات الحكم و الموضوع، هو اعتبار كونه مرضياً بلحاظ تصرفاته الصادره تجاه البنت، و إلّا فكونه مرضياً بالنسبه إلى سائر تصرّفاته أجنبی عن ولايته على البنت.

و صحیحه عبید بن زراره، قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): الجاریه یرید أبوها أن یزوّجها من رجل، و یرید جدّها أن یزوّجها من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولی بذلک ما لم یکن مضاراً» «۱». فإنّ التقیید بعدم کونه مضاراً، إنما یدلّ علی عدم ثبوت الولایه للجد إذا کان فی مقام الإضرار بها.

دلیل نفی الضرر، فإنه و بحکم کونه حاکماً

على جميع الأدله، يقتضى نفى جعل الولايه للأب و الجد فيما إذا كان فى إنكاحهما لها ضرر عليها، و بذلك فتختص ولايتهما عليها و على الصبى بفرض عدم المفسده لا محاله.

---

[۱] لكنّه بعيد، و كذلك الحال فى المسأله الآتيه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۱ ح ۲.

أيضاً (۱) بل الأحوط مراعاه المصلحه (۲). بل يشكل الصحّه إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف، أو من أجل كثره المهر أو قلته بالنسبه

---

(۱) و الوجه فيه هو اعتبار وجود مجيز حال العقد فى الحكم بصحّه العقد الفضولى على ما ذكره الماتن (قدس سره) فى المسأله الآتيه. و حيث إن الصبى و الصبيه فيما نحن فيه ليسا أهلين للإجازه و الإمضاء حين صدور العقد، فيحكم ببطلانه من رأس لا محاله.

إلّا أن هذا الكلام مبنى على عدم الالتزام بكون صحّه العقد الفضولى بعد لحوق الإجازه على القاعده، و اختيار كونها نتيجه للنصوص الخاصّه الدالّه عليها. فإنه حينئذ يمكن أن يقال: بأن النصوص الخاصه و بأجمعها وارده فى فرض وجود المجيز، فلا وجه للتعدِّى منه إلى فرض عدم وجوده.

لكنّك قد عرفت منّا مراراً، عدم تماميه هذا المبنى و كون صحّه العقد الفضولى بعد لحوق الإجازه على القاعده، باعتبار أن الإجازه توجب انتساب الأمر الاعتبارى الصادر من الغير إلى المجيز من حينها، فيكون العقد من ذلك الحين عقداً له، و من هنا فتشمله أدله وجوب الوفاء بالعقود.

و على هذا الأساس فلا وجه لاعتبار وجود مجيز حال العقد، فإنه يكفى فى الحكم بصحّته كون المجيز أهلًا لها فى حينها، و من دون أن يكون لأهليته حين

صدور العقد و عدمه دخل فی الصحّه أو الفساد.

(٢) نسب القول باعتبارها فی الولایه علی مال الطفل إلی المشهور من الأصحاب و استدلوا علیه بقوله تعالی «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ»* «١».

و ذکر الشیخ (قدس سره) أنها و إن لم تکن تشمل الأب، باعتبار أنه مع وجوده لا یکون ابنه یتیماً، إلّا أنها تشمل الجد. و حینئذ فیثبت الحکم للأب، بالقطع بعدم الفصل.

---

(١) سوره الانعام ۶: ١۵٢.

إلی الصغیر، فاختار الأب غیر الأصلح لتشهی نفسه (١).

[مسأله ۶: لو زوّجها الولی بدون مهر المثل]

[٣٨۶٩] مسأله ۶: لو زوّجها الولی بدون مهر المثل، أو زوّج الصغیر بأزید منه، فإن کان هناک مصلحه تقتضی ذلک صحّ العقد و المهر و لزم (٢). و إلّا ففی صحّه العقد و بطلان المهر و الرجوع إلی مهر المثل، أو بطلان العقد أیضاً، قولان (٣) أقواهما الثانی. و المراد من البطلان عدم النفوذ، بمعنی توقفه علی إجازتها بعد

إلّا أننا لم نرتض هذا القول فی محله. و علی تقدیر القول به فلا نقول به فی النکاح و ذلک لإطلاقات الأدله الوارده فی المقام السالمه عن المقید، حیث لم یرد فی شی ء من النصوص اعتبار وجود المصلحه فی إنکاح الأب أو الجد.

نعم، الاحتیاط فی محلِّه حتی و إن کان الظاهر عدم الاعتبار.

(١) ظهر الحال فیه ممّا تقدّم، فإنّ مقتضی إطلاقات الأدله السالمه من المقید و الشامله للفرض، هو الحکم بالصحّه و النفوذ.

نعم، الاحتیاط علی کل حال حسن.

(٢) لإطلاقات الولایه السالمه عن المقید.

(٣) بل أقوال ثلاثه، ثالثها ما نسب إلی الشیخ (قدس سره) من الحکم بالصحّه فیهما معاً «١» و کأن الوجه فیه إطلاقات أدله الولایه.

إلّا أن ضعفه أظهر من أن يخفى،

و لعلّه لـذلک أهمل الماتن (قدس سـره) ذکره، فإنّ أدله الولایه قاصـره عن شـمول ما کان فیه ضـرر و مفسده علی المولی علیه، کما عرفت فی المسأله السابقه.

و أمّا القول الأوّل فهو منسوب إلی شـیخنا الأعظم (قـدس سـره) «۲». بـدعوی أن العقـد الصـادر من الولی إنما ینحل إلی أمرین: التزویـج و المهر، و حیث إن الضـرر فی الثانی خاصّه یحکم ببطلانه مع بقاء التزویـج علی حاله، و حینئذ فینتقل إلی مهر المثل لا محاله.

---

(۱) کتاب الخلاف ۴: ۳۹۲ المسأله ۳۷.

(۲) کتاب النکاح: ۱۷۰.

البلوغ. و یحتمل البطلان و لو مع الإجازه، بناءً علی اعتبار وجود المجیز فی الحال (۱).

[مسأله ۷: لا یصحّ نکاح السّفیه المبذِّر]

[۳۸۷۰] مسأله ۷: لا یصحّ نکاح السّفیه المبذِّر [۱] (۲) إلّا بإذن الولی (۳)

و فیه: أنه إنما یتم فیما إذا کان المنشأ هو التزویج المطلق، و حیث إن الأمر لیس کذلک باعتبار أن المنشأ انما هو التزویج المقید بالمقـدار المعین من المهر، فلاـ محیص عن الحکم ببطلاـن التزویـج أیضـاً لمـا فیه من الضـرر علی المولی علیه، و سـقوط ولایه المزوج لکونه مضاراً.

علی أن لاـزم ما أفاده (قـدس سره) من بطلان المهر عـدم التطابق بین الإیجاب و القبول حتی و لو قلنا بتعـدد الإنشاء، فإن الزوج إنما قبل العقـد بالمهر المعین و لم یقبل التزویـج الخالی عن المهر، و هـذا نظیر أن ینشـئ البائع بیع شـی ء و یقبل المشتری شـراء شی ء آخر. و حیث أن تطـابق الإیجـاب و القبـول فی المتعلق معتـبر فی صـحّه العقـد بلاـ خلاـف، کـان فقـده فی المقـام موجباً للبطلان.

و من هنا فالصحیح هو ما اختاره الماتن (قدس سره) من الحکم ببطلانهما معاً وفاقاً لکثیر من الأصحاب.

ثمّ لا یخفی

أن محلّ البحث فى تزويج الولى للصغير بأكثر من مهر المثل إنما هو فيما إذا كان للصغير مال حيث يكون المهر حينئذ عليه، لا ما إذا لم يكن له مال لأن المهر حينئذ على الأب، و معه لا مجال للحكم بالبطلان، لعدم ترتب أى ضرر على الطفل.

(۱) و قد عرفت ما فيه مفصلًا فى المسأله السابقه فلا نعيد.

(۲) المراد بالقيد إن كان من لا- يعرف مصالحه و مفاسده فهو قيد توضيحى، و إن كان غير ذلك فلا- دليل عليه، و لا نعلم لاعتباره وجهاً.

(۳) استدلّ عليه فى بعض الكلمات، بأن الزواج لما كان من الأُمور الماليه لاستلزامه ثبوت المهر و النفقه على الزوج، و كان السفيه ممنوعاً من التصرفات الماليه

---

[۱] الظاهر أنه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه و فساده، و لأجل ذلك يكون القيد توضيحيّاً لا احترازيّاً حيث إنّ ذلك معنى السفيه فى الماليات، و إلّا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۳۳

....

بلا خلاف، كان اللازم الحكم بالفساد فى المقام.

و فيه مضافاً إلى اختصاصه بالولد دون البنت-: أنه إنما يتم فيما إذا كان المهر عيناً معيّنه من أمواله الموجوده بالفعل، دون ما إذا كان كلياً فى الذمّه، فإنه لا إجماع على منعه منه أيضاً. على أنه قد يفرض كون المهر من غيره، و من دون أى تصرف فى شى ء من أمواله.

و أما وجوب الإنفاق، فهو حكم شرعى متفرع على التزويج و ليس من مصاديق التصرف المالى، فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبه إليه.

و من هنا فالصحيح فى الاستدلال هو التمسك بالنسبه إلى منع الولد بصحيحه عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: سأله

أبی و أنا حاضر عن الیتیم متی یجوز أمره؟ قال «حَتّٰی یَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد یکون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أکثر و لم یحتلم؟ قال: «إذا بلغ و کتب علیه الشی ء جاز أمره، إلّا أن یکون سفیهاً أو ضعیفاً» «۱».

و هذه الروایه و إن رواها صاحب الوسائل (قدس سره) عن أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) مباشره، إلّا أن الصحیح وساطه عبد اللّه بن سنان فی البین، علی ما هو مذکور فی الخصال «۲»، و لعل عدم ذکره فی الوسائل من سهو القلم عند النسخ.

و کیف کان، فهی واضحه الدلاله علی عدم جواز أمر السفیه و بقاء الولایه علیه.

و أما بالنسبه إلی منع البنت فبالتمسک بصحیحه الفضلاء المتقدِّمه عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «المرأه التی قد ملکت نفسها، غیر السفیهه و لا المولی علیها تزویجها بغیر ولی جائز» «۳». حیث قید (علیه السلام) استقلالها فی النکاح بعد بلوغها المعبّر عنه بملکك الأمر بعدم کونها سفیهه.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۸ کتاب الحجر، ب ۲ ح ۵.

(۲) الخصال: ۴۹۵.

(۳) تقدّمت فی ص ۲۱۰ ه ۳.

و علیه أن یعیّن المهر و المرأه (۱). و لو تزوّج بدون إذنه وقف علی إجازته، فإن رأی المصلحه و أجاز صحّ، و لا یحتاج إلی إعاده الصیغه، لأنه لیس کالمجنون و الصبی مسلوب العباره (۲) و لذا یصح وکالته عن الغیر فی إجراء الصیغه و مباشرته لنفسه بعد إذن الولی.

[مسأله ۸: إذا کان الشخص بالغاً رشیداً فی المالیات]

[۳۸۷۱] مسأله ۸: إذا کان الشخص بالغاً رشیداً فی المالیات، لکن لا رشد له بالنسبه إلی أمر التزویج و خصوصیّاته

من تعيين الزوجه و كيفيّه الإمهار و نحو ذلك، فالظاهر كونه كالسّفيه فى الماليّات فى الحاجه إلى إذن الولى (٣) و إن لم أر من تعرّض له.

[مسأله ۹: كل من الأب و الجدّ مستقل فى الولايه]

[٣٨٧٢] مسأله ۹: كل من الأب و الجدّ مستقل فى الولايه (۴) فلا يلزم الاشتراك، و لا الاستئذان من الآخر، فأيهما سبق مع مراعاه ما يجب مراعاته

---

(١) على ما يقتضيه قانون الولايه، فإنّ معناها رجوع الزواج بتمام شؤونه و مقتضياته إلى نظره.

(٢) فإنه لا قصور فى إنشائه، و إنما القصور فى النفوذ خاصه.

(٣) كما يقتضيه قوله (عليه السلام) فى صحيحه الفضلاء المتقدِّمه: «غير السفيهه و لا المولى عليها» إذ المتيقن و بملاحظه خصوصيّه المورد أعنى كون الصحيحه وارده فى الزواج هو السفيهه فيه. و إذا ثبت الحكم بالنسبه إلى السفيهه ثبت فى السفيه بالقطع بعدم الفرق بينهما.

و يؤيده إطلاق صحيحه عبد اللّه بن سنان المتقدِّمه.

(۴) بلا خلاف فيه، و يقتضيه إطلاق النصوص.

نعم، لصاحب الجواهر (قدس سره) عباره ربّما تشعر بتوقفه فيه، حيث قال فى شرح قول المحقق (قدس سره): (فمن سبق عقده صح): بناء على استقلال كل منهما بالولايه «١».

---

(١) الجواهر ٢٩: ٢٠٨.

لم يبق محل للآخر (١). و لو زوّج كلّ منهما من شخص، فإن علم السابق منهما فهو المقدم و لغى الآخر، و إن علم التقارن قدّم عقد الجدّ (٢). و كذا إذا جهل التاريخان.

غير أن مما يقطع به أنه ليس مراده (قدس سره) منها اشتراك الأب و الجد فى الولايه، بمعنى اعتبار رضاهما معاً، و ذلك لاختياره (قدس سره) بعد أسطر من هذه العباره تقديم إنكاح الجدّ لها على إنكاح الأب فيما لو أوقعاه دفعه، مدعياً الإجماع عليه.

فإنه واضح

الـدلاله على عـدم اختياره (قـدس سـره) القول باشتراكهما معاً فى الولايه، و إنما مراده (قـدس سـره) منها هو الاحتراز عن تزويج البكر، حيث إنّ كلّاً منهما يشترك حينئذ فى الولايه معها من دون أن يكون له حق الاستقلال.

و على هذا فيكون معنى ما أفاده (قدس سره) هو: أنّ السبق فى إيقاع العقد إنما يكون له أثر، فيما إذا كانت المولى عليها صغيره أو كانت كبيره بكراً، و قلنا باستقلال الأب و الجد فى إنكاحها. و أما إذا قلنا باعتبار استئذانها، باعتبار أنّ «لها فى نفسها نصيباً» «۱» فلا أثر للسبق، بل الخيار لها تجيز من العقدين ما شاءت.

(۱) إجماعاً و من غير الخلاف فيه، و تدلّ عليه جمله من النصوص المتقدِّمه كصحيحه عبيد بن زراره و غيرها، فراجع.

(۲) و تدلّ عليه مضافاً إلى التسالم و عدم الخلاف فيه عدّه من النصوص المعتبره الدالّه على تقديم عقد الجدّ.

كصحيحه هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «إذا زوّج الأب و الجد كان التزويج للأوّل، فإن كان جميعاً فى حال واحده فالجد أولى» «۲».

و صحيحه عبيد بن زراره، قال: قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): الجاريه يريد

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۹ ح ۲.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۱ ح ۳.

و أمّا إذا علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدم أيضاً. و إن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدّمه (۱). لكن الأظهر تقديم عقد الجد، لأنّ المستفاد من خبر عبيد بن زراره

أولويه الجدّ ما لم يكن الأب زوّجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقاً (٢) و ما لم يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى.

فتحصّل أنّ اللّازم تقديم عقد الجدّ فى جميع الصور، إلّا فى صوره معلوميّه سبق عقد الأب.

أبوها أن يزوّجها من رجل، و يريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارّاً، إن لم يكن الأب زوّجها قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ» «١».

فإنّ مقتضى قوله (عليه السلام): «إن لم يكن الأب زوّجها قبله» هو تقديم عقد الجدّ فى فرض التقارن، نظراً لعدم صدق ما اعتبر فى تقديم عقد الأب، فتكون مقيده لأدلّه ولايه الأب لا محاله. و بها نخرج عن القاعده المقتضيه للبطلان، حيث إن الجمع بينهما غير ممكن، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح.

(١) لأصاله عدم وقوع العقد من الجد إلى حين وقوع العقد من الأب، فيحكم بصحته لعدم المعارض.

(٢) و توضيح ذلك: أن مقتضى صحيحه عبيد بن زراره هو تقديم عقد الجد مطلقاً، و من دون فرق بين جميع الصور باستثناء ما إذا كان عقد الأب سابقاً، فإنّ هذه الصوره هى المستثناه من ولايه الجد و نفوذ عقده و خارجه منها خاصّه.

و من هنا ففى جميع هذه الصور يجرى استصحاب عدم سبق عقد الأب على عقد الجدّ، من غير فرق بين العلم بالتاريخ أو الجهل به، و القول بجريان الاستصحاب فى معلوم التاريخ و عدمه. و لا يعارضه استصحاب عدم وقوع العقد من الجد إلى زمان وقوع العقد من الأب، لأنه لا يثبت السبق.

---

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٢.

و لو تشاحّ الأب و الجدّ، فاختار كل منهما واحداً، قدّم اختيار الجدّ (۱).

و بعباره اخرى نقول: إنّ صحيحه عبيد و إن لم تكن تتضمن لفظ السبق، و إنما المذكور فيها عنوان القبليه، فما أفاده الماتن (قدس سره) لا يخلو من التسامح فى التعبير. و مع ذلک فالمراد به ليس هو تقديم عقد الجد ما لم يسبقه عقد الأب، بمعنى لحوق عقد الجد له، كى يتمسک باستصحاب عدم وقوعه إلى حينه، فإنه غير معتبر جزماً و لذا يحكم بصحّه عقد الأب حتى و لو لم يقع عقد من الجد بالمره، مع أنه لم يتحقق السبق بهذا المعنى لعدم تحقق اللحوق، فإنهما من العناوين المتضايفه لا يمكن تحقق أحدهما من دون تحقق الآخر. و إنما المراد منها الحكم بصحّه عقد الجد على الإطلاق ما لم يكن عقد الأب سابقاً عليه، كما يظهر ذلک من الالتفات إلى أن الكلام إنما هو فى المزاحمه و حيث إن هذا العنوان عنوان وجودى، فلا يمكن إحرازه باستصحاب عدم عقد الجد إلى زمان عقد الأب.

و من هنا فيحكم بصحّه عقد الجد فى جميع هذه الصور، لعدم إحراز شرط تقديم عقد الأب.

و بالجمله: إنّ المعتبر فى تقديم عقد الجدّ قيد عدمى، فيمكن إحرازه عند الشک فيه بالأصل. و هو بخلاف القيد المعتبر فى تقديم عقد الأب فإنه وجودى، فلا ينفع فى إحرازه التمسک باستصحاب عدم تقدّم عقد الجد عليه، فإنه لا يثبت كون عقده قبل عقد الجدّ.

(۱) و تدلّ عليه صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «إذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضاً أن يزوجها». فقلت: فإن هوى أبوها رجلًا

و جدّها رجلًا؟ فقال: «الجدّ أولى بنكاحها» «۱».

و قوله (عليه السلام) فى صحيحه عبيد اللّه بن زراره: «فإنّ هوى أبوها رجلًا و جدّها رجلًا فالجدّ أولى بنكاحها» «۲» و معتبرته الثانيه المتقدِّمه.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۱ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۱۱ ح ۷.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۳۸

و لو بادر الأب فعقد، فهل يكون باطلًا، أو يصح؟ وجهان، بل قولان (۱) من كونه سابقاً فيجب تقديمه، و من ان لازم أولويه اختيار الجد [۱] عدم صحّه خلافه. و الأحوط مراعاه الاحتياط.

و لو تشاح الجد الأسفل و الأعلى، هل يجرى عليهما حكم الأب و الجد، أوْ لا؟ وجهان، أوجههما الثانى، لأنهما ليسا أباً و جدّاً بل كلاهما جدّ، فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجد على الأب (۲).

---

(۱) كما يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره)، حيث ذكر بعد القول بالصحّه أنه: قد يقال ببطلان عقده حينئذ «۱» فإنه ظاهر فى كونه قولًا و إن كان نادراً.

و كيف كان، فالصحيح هو الثانى.

و الوجه فيه أن أوْلويه عقد الجد فى هذه الموارد كما دلّت عليه النصوص المعتبره ليست هى بمعنى الأفضليه، و إنما هى بمعنى ثبوت الولايه له دون الأب، و من هنا فتكون هذه النصوص مقيده لأدلّه ولايه الأب، بغير فرض هوى الجدّ رجلًا آخر، و معه فلا مجال للقول بالصحّه فى المقام.

و منه يظهر الحال فى التمسك بإطلاق صحيحه هشام بن سالم و محمّد بن حكيم فإنه لا مجال للتمسك به بعد ثبوت المقيد له.

و أما حمل الأولويه على الأولويه الاستحبابيه أو الوجوبيه التكليفيه، فهو على

خلاف الظاهر جدّاً، كما يشهد له ورود عين هذا التعبير فى فرض تقارن عقديهما.

و الحاصل أن هذا القول و إن كان نادراً بل لم يعلم القائل به، إلّا أنه هو المتعيّن بحسب الأدلّه و النصوص.

(٢) إلّا أنه قد يشكل على ما أفاده (قدس سره)، بأنّ النصوص الوارده فى المقام و إن كانت كلّها تختص بالأب و الجدّ، غير أن مقتضى التعليل المذكور فى روايتين هو

---

[١] لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر.

---

(١) الجواهر ٢٩: ٢٠٩.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٣٩

....

التعدِّى إلى الجدّ الأسفل مع الجدّ الأعلى، و هاتان الروايتان هما:

أوّلًا: روايه عبيد بن زراره عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «إنى لذات يوم عند زياد بن عبد اللّه إذ جاء رجل يستعدى على أبيه فقال: أصلح اللّه الأمير إن أبى زوّج ابنتى بغير إذنى، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل. قال: ثمّ أقبل علىّ فقال: ما تقول يا أبا عبد اللّه؟ فلما سألنى أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أ ليس فيما تروون أنتم عن رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) أن رجلًا جاء يستعديه على أبيه فى مثل هذا، فقال له رسوله اللّه (صلّى آله عليه و آله و سلم): أنت و مالك لأبيك؟ قالوا: بلى. فقلت لهم: كيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟! قال: فأخذ بقولهم، و ترك قولى» «١».

فإنّ التعليل بقوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): «أنت و مالك بفتح اللام كما يقتضيه استشهاده (عليه السلام) بهذه الكلمه فى النكاح لأبيك» يقتضى عدم اختصاص الحكم بالأب بلا واسطه مع الجد،

و عموم الحكم للجد الأسفل مع الجد الأعلى، فإنه و ماله له.

ثانياً: صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوى أن يزوّج أحدهما و هوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: «الذى هوى الجد أحقّ بالجاريه، لأنها و أباها للجد» «٢».

فإنها و بعموم التعليل تدلّ على ثبوت الحكم للجدين الأسفل و الأعلى.

لكن فى الاستدلال بكلتا الروايتين نظر:

أما الأُولى: فهى مضافاً إلى ضعف سندها بسهل بن زياد لا دلاله فيها على تقدّم هوى الجد على هوى الأب عند التشاح، أو عقد الجد على عقده عند التقارن

---

(١) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ١١ ح ٨.

[مسأله ١٠: لا يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب]

[٣٨٧٣] مسأله ١٠: لا يجوز للولى تزويج المولى عليه بمن به عيب، سواء كان من العيوب المجوزه للفسخ أوْ لا، لأنه خلاف المصلحه (١). نعم، لو كان هناك مصلحه لازمه المراعاه جاز.

بل غايه دلالتها هو ثبوت الولايه للجد، و أنّ له أن يفعل كل ما كان للأب أن يفعله. و من هنا فلا يمكن التمسك بهذه الروايه لإثبات المدعى.

و أما الثانيه: فهى لو تمّت دلالتها فإنما تدل على تقديم هوى الجد الأعلى على هوى الجد الأدنى، و أما تقديم عقد الأعلى على عقد الأدنى فى فرض التقارن فلا دلاله لها عليه. على أن دلالتها على الأوّل محل نظر أيضاً، و ذلك لما ذكرناه فيما تقدّم من أنّ محل الكلام إنما هو فى فرض استقلال الأب و الجد فى الولايه، كما

هو الحال فى الولايه على الصغيره، و أما الكبيره الرشيده فالأمر بيدها تختار من العقدين ما شاءت. نعم، يأتى قريباً إن شاء اللّه أنه يستحب لها أن ترضى بما رضى به الجدّ.

و حيث إنّ الظاهر أنّ مورده هذه الصحيحه هو فرض كونها كبيره، كما يظهر ذلك من قول السائل: (رجلان يخطبان ابنته) فإنّ ذلك إنما يكون بالنسبه إلى الكبيره غالباً، تكون الصحيحه أجنبيه عن محلّ الكلام.

و ممّا يؤيِّد ما ذكرناه، أنه (عليه السلام) إنما حكم بأحقيّه الرجل الذى هواه الجدّ و لم يحكم بأحقيّه الجد نفسه، فإنه إنما ينسجم مع ما ذكرناه من استحباب الرضا بما رضى به الجدّ، من دون أن يكون له دلاله على سلب الولايه عن الأب.

و من هنا فلا مجال للتمسک بهذه الصحيحه لإثبات تقدّم عقد الجدّ على عقد الأب عند التشاح، فضلًا عن التعدى منهما إلى الجد الأعلى مع الجد الأدنى.

إذن فالصحيح فى المقام هو ما اختاره الماتن (قدس سره)، من اختصاص الحكمين بالأب بلا واسطه مع الجد، و عدم ثبوته فى الجدين الأعلى و الأدنى.

(۱) فى التعبير مسامحه واضحه و المراد به وجود المفسده، كما يقتضيه مناسبه الحكم و الموضوع.

و حينئذ لا خيار له و لا للمولى عليه إن لم يكن من العيوب المجوّزه للفسخ. و إن كان منها، ففى ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقته، و عدمه لأن المفروض إقدام الولى مع علمه به، وجهان. أوجههما الأوّل، لإطلاق أدلّه تلك العيوب، و قصوره بمنزله جهله (۱) و علم الولى و لحاظه المصلحه لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، و غايه ما تفيد المصلحه إنما هو صحّه العقد، فتبقى أدلّه الخيار

بحالها.

بـل ربّمـا يحتمـل ثبوت الخيار للولى أيضاً، من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق، و هل له إسـقاطه أم لا؟ مشـكل (۲) إلّا أن يكون هناک مصلحه ملزمه

---

(۱) استشـكل فيه بعضـهم بـأنّ علم الولى و الوكيـل لمـا كان بمنزله علم المولى عليه و الموكل، خرج المورد عن منصـرف أدلّه الخيار.

و فيه: أنّ التوكيـل أو الولايه لا يقتضـيان إلّا كون الفعل الصادر من الوكيل أو الولى، بمنزله الفعل الصادر من الموكل أو المولى عليه. و أما كون علمهما بمنزله علمهما فهو مما لا يمكن إثباته بـدليل، و لا موجب لتقييـد المطلقات الدالّه على ثبوت الخيار عند ظهور العيوب المعينه.

نعم، فى خصوص مـا إذا اشترى الوكيل أو الولى بأغلى من ثمن المثل لمصـلحه تقتضـى صـحّه العقـد، يمكن القول بعـدم ثبوت خيـار الغبن للمولى عليه و الموكـل، و ذلـک لأنّ منشأ هـذا الخيار إنما هو الاشتراط الضـمنى بمبادله كل من المتبايعين ماله بما يسـاويه فى المـاليه من الآخر، و من الواضـح أنّ هـذا الشـرط الضـمنى يتوقّف على الجهل بالغبن، إذ مع العلم به لا يمكن القول باشتراط التساوى فى الماليه.

إلّا أنّ هذا أجنبى عن محلّ الكلام. فإنّ عدم ثبوت الخيار فيه إنما هو من جهه فقد المقتضـى، أعنى الاشتراط الضـمنى بالتساوى فى الماليه، فلا يمكن التعـدى إلى المقام حيث إن تقييد المطلقات يحتاج إلى الدليل، و لا دليل على كون علم الولى بمنزله علم المولى عليه.

(۲) لا وجه للاستشكال، بل ينبغى الجزم بعدم الثبوت، فيما إذا لم يكن هناک

لذلک (۱).

و أما إذا كان الولى جاهلًا بالعيب و لم يعلم به إلّا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزه للفسخ، فلا

إشکال فی ثبوت الخیار له (٢) و للمولی علیه إن لم یفسخ، و للمولی علیه فقط إذا لم یعلم به الولی إلی أن بلغ أو أفاق.

و إن کـان من العیوب الأُخر، فلا خیار للولی (٣). و فی ثبوته للمولی علیه و عـدمه وجهان، أوجههما ذلک [١]، لأنه یکشف عن عدم المصلحه فی ذلک التزویج. بل یمکن أن یقال أن العقد فضولی حینئذ لا أنه صحیح، و له الخیار (۴).

مصلحه ملزمه، و ذلک لما فیه من تفویت حق الصغیر و الإفساد فی أمره.

(١) و حینئذ فلا ینبغی الإشکال فی ثبوت الولایه له، فإنه من الأُمور الراجعه إلی المولی علیه، فیکون له التصرف فیه.

(٢) لعدم المقتضی، لسقوطه، و تقیید إطلاقات أدلّه الخیار.

(٣) بما هو عاقد و مزوج للصـغیر أو المجنون، و ذلک لعدم ثبوته للزوج إذا کان هو المباشـر للعقد، فلا یثبت لمن هو فرع له. إلّا أن هذا لا ینافی ثبوته له من جهه ثبوته للمولی علیه، باعتبار أن العقد الواقع خارجاً علی خلاف مصلحته، لو قیل به.

(۴) و الذی ینبغی أن یقال: إنّ العقد إذا کان خالیاً عن المفسده بالنسـبه إلی الصغیر و إن لم تکن فیه مصلحه له أیضاً، فلا بدّ من الحکم بصحته من دون ثبوت الخیار للولی أو المولی علیه. أما الصحّه، فلما عرفت من کفایه عدم وجود المفسده فی الحکم بها. و أما عدم ثبوت الخیار، فلاختصاص أدلتها بعیوب معینه.

و أمّا إذا کان فیه مفسده له، فینبغی الحکم بالبطلان رأساً، و لا وجه للحکم بالصحّه و ثبوت الخیار.

---

[١] فیه إشکال بل منع، فإنّ تزویج الأب إن کان نافذاً فی حقّه علی أساس أنّ المعتبر فی ولایته علیه عدم المفسده فلا یکون

عدم المصلحه مانعاً عن نفوذ تصرّفه فی حقّه کما مرّ سابقاً و علیه فلا خیار له، و إن لم یکن نافذاً فالعقد فضولی تتوقّف صحّته علی إجازه المولی علیه بعد البلوغ.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۴۳

[مسأله ۱۱: مملوک المملوک کالمملوک فی کون أمر تزویجه بید المولی]

[۳۸۷۴] مسأله ۱۱: مملوک المملوک کالمملوک فی کون أمر تزویجه بید المولی (۱).

[مسأله ۱۲: للوصی أن یزوِّج المجنون المحتاج إلی الزواج]

[۳۸۷۵] مسأله ۱۲: للوصی أن یزوِّج المجنون المحتاج إلی الزواج (۲)، بل

و الحاصل أنه لا وجه للجمع بین الحکم بالصحّه و ثبوت الخیار فی المقام، فإن الصحّه متوقفه علی عدم المفسده، و معه یکون العقد نافذاً من دون أن یکون لأحد الخیار فیه. و أما مع وجود المفسده، فالعقد فضولی و غیر محکوم بالصحّه، إلّا مع التعقیب بالإجازه.

(۱) سواء التزمنا بقابلیه العبد للملک کما هو المختار، أم قلنا بعدمها.

و الوجه فیه أن المولی مالک للعبد و لما یملکه، فلا یجوز نکاحه من غیر إذنه. و قد تقدّم البحث فی هذه المسأله مفصلًا فی نکاح العبید و الإماء، فراجع.

(۲) بلا خلاف فیه فی الجمله، و تقتضیه إطلاقات أدلّه نفوذ الوصیّه، کقوله تعالی «کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّهُ لِلْوٰالِدَیْنِ وَ الْأَقْرَبِینَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَی الْمُتَّقِینَ. فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّٰهَ سَمِیعٌ عَلِیمٌ. فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَیْنَهُمْ فَلٰا إِثْمَ عَلَیْهِ إِنَّ اللّٰهَ غَفُورٌ رَحِیمٌ» (۱).

فإنّ صدرها و إن کان یقتضی نفوذ الوصیّه المالیه خاصه بالنسبه إلی خصوص الوالدین و الأقربین، إلّا أن المستفاد من قوله تعالی «فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً» نفوذها مطلقاً و لزوم العمل بمقتضاها دائماً باستثناء ما خرج، أعنی ما کان فیها جنف أو إثم أو ضرر علی الوارث علی ما دلّت علیه النصوص فإنه لا یجب العمل بها.

و من هنا فتکون الآیه المبارکه شامله للوصیّه بالمجنون، فیجب العمل علی وفق

---

(۱) سوره البقره ۲: ۱۸۰ ۱۸۲.

....

الوصيّه،

لأنّ فی مخالفتها تبدیلًا لها، فیکون «إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ».

و توهّم أنّ الآیه المبارکه و جمیع النصوص الوارده فی الاستدلال بها مختصه بالوصیّه المالیه، فلا دلیل علی نفوذ الوصیّه فی نکاح المجنون أو المجنونه.

مدفوع بأنّ صدر الآیه الکریمه و إن کان موردها الوصیّه بالمال، إلّا أنه غیر ضارٍّ بإطلاق الآیه المبارکه. علی أنه یکفی فی إثبات عدم اختصاص نفوذ الوصیّه بالأُمور المالیه، ما دلّ علی نفوذ الوصیّه بالمضاربه بمال الیتیم، مع أنه وصیّه بالاتجار لا المال.

کصحیحه محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصی إلی رجل بولده و بمال لهم، و أذن عند الوصیّه أن یعمل بالمال و أن یکون الربح بینه و بینهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فی ذلک و هو حی» «۱». و قریب منها خبر خالد الطویل «۲».

فإنّ مقتضی عموم التعلیل بقوله (علیه السلام): «إن أباه قد أذن له فی ذلک و هو حی» نفوذ الوصیّه بکل ما کان للأب فی حیاته.

و یؤیِّد ما ذکرناه ما ورد فی تفسیر من «بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ» «۳» حیث اشتملت جمله منها علی الوصی أیضاً، فإنّ المراد به و بملاحظه مناسبه الحکم و الموضوع، هو من أوصی إلیه بالنکاح دون من کان وصیاً فی إداره شؤونه العامه.

و بالجمله لا ینبغی الإشکال فی نفوذ الوصیّه بالنکاح بالنسبه إلی المجنون.

ثمّ إن الحکم بنفوذ الوصیّه مطلقاً إنما یتم فی المقام بناءً علی ما اخترناه، من عدم اختصاص ولایه الأب أو الجد علی المجنون بما إذا کان الجنون متصلًا بالصغر. و أما لو قلنا بذلک، کان اللازم اختصاص نفوذ الوصیّه بذلک الفرض أیضاً و عدم تمامیته فی

الجنون المنفصل، إذ ليس للأب أو الجد الإيصاء لغيره بما ليس له.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۹۲ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۹۲ ح ۲.

(۳) سوره البقره ۲: ۲۳۷.

الصّغير أيضاً لكن بشرط نصّ الموصى عليه [۱] (۱) سواء عيّن الزّوجه أو الزّوج أو أطلق. و لا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجدّ، لكن

---

(۱) أمّا مع النص عليه، فيقتضيه جميع الوجوه المتقدِّمه فی المجنون، من الآيه المباركه، و صحيحه محمد بن مسلم، و ما ورد فيمن بيده عقده النِّكاح.

إلّا أنه قد يستدلّ على عدم النفوذ فی المقام بصحيحتين هما:

أوّلًا: صحيحه ابن بزيع، قال: سأله رجل عن رجل مات و ترک أخوين و ابنه و البنت صغيره، فعمد أحد الأخوين الوصی فزوج الابنه من ابنه ثمّ مات أبو الابن المزوج، فلما أن مات قال الآخر: أخی لم يزوّج ابنه فزوج الجاريه من ابنه، فقيل للجاريه: أیّ الزوجين أحب إليک الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ الثانی مات و للأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجاريه: اختاری أيهما أحب إليک الزوج الأوّل أو الزوج الآخر؟ فقال: «الروايه فيها أنها للزوج الأخير، و ذلک أنها قد كانت أدركت حين زوجها، و ليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» «۱».

و فيه: أنها أجنبيه عن محل الكلام، إذ لم يفرض فيها كون الوصی وصياً فی التزويج فلا تعارض ما تقدّم، لما عرفت من ورودها و لو بملاحظه مناسبه الحكم و الموضوع فی التزويج، بل لا بدّ من حملها على الوصی فی غير النكاح كاداره شؤونها العامه، كما هو الغالب

فی الوصیّه.

ثانیاً: صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر (علیه السلام)، فی الصبی یتزوج الصبیه یتوارثان؟ قال: «إن کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم» «۲». فإنها و بإطلاقها تدلّ علی نفی التوارث فیما إذا زوجهما الوصی، و عدم التوارث یدلّ علی بطلان النکاح.

و فیه: أن المتفاهم العرفی من هذه الصحیحه أنه لا خصوصیّه للأبوین جزماً، و إنما

---

[۱] إذا لم ینص الموصی علی الزواج و لکن کان للوصی التصرّف فی مال الصغیر بالبیع و الشراء فالاحتیاط بالجمع بین إذنه و إذن الحاکم لا یُترک.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۸ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۲ ح ۱.

....

ذکرا من جهه أنهما أظهر مصداق للولی، و لذا یثبت التوارث بلا خلاف فیما إذا زوجهما الجد أو الوکیل باعتبار أن فعله فعل الموکل.

و من هنا فلیس فیها أی دلاله علی بطلان العقد الصادر من غیر الأبوین، و إنما هی دالّه علی اعتبار صدور العقد ممن بیده الأمر، سواء أ کان هو الأب أم غیره.

إذن فلا مناص من الالتزام بنفوذ نکاح الوصی، فیما إذا کان الأب قد نصّ علیه بالخصوص.

و أما مع عدم النص علیه بخصوصه، فإن کانت الوصایه أجنبیه عن الصغیر و خارجه عن شؤونه، کما لو أوصی لشخص بصرف ثلثه أو تکفینه و دفنه، فلا ینبغی الإشکال فی عدم ثبوت وصایه للوصی علی الطفل مطلقاً، لا فی النکاح و لا فی غیره إذ لا یحتمل أن یکون هذا مصداقاً للوصی المذکور فی عداد من بیده عقده النکاح.

و إن کانت الوصایه راجعه إلی الطفل، فإن لم

تکن هناک مصلحه ملزمه للزواج و لو لأمر غیر الحاجه إلیه، فلا شک فی عدم ثبوت الولایه له علی النکاح، لعدم المقتضی له. و لعل صحیحه ابن بزیع المتقدِّمه محموله علی هذه الصوره.

و إن کانت هناک مصلحه ملزمه له کما لو توقف حفظ حیاته أو حیاتها علی التزویج، فالذی ذهب إلیه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره) کما یأتی التصریح به فی المسأله القادمه هو ثبوت الولایه للحاکم الشرعی، إذ لا دلیل علی ثبوتها للوصی.

إلّا أنه مشکل، باعتبار أنّ ولایه الحاکم لم تثبت بدلیل لفظی خاص، کی یؤخذ بإطلاقه فی مثل هذه الصور. فإن التمسک بالنبوی: «السلطان ولی من لا ولی له» أو معتبره أبی خدیجه لإثباتها لا یخلو من إشکال بل منع. فإنّ الأوّل مضافاً إلی کونه روایه نبویه مختص بالسلطان و هو الإمام المعصوم (علیه السلام)، فلا مجال للتعدی عنه إلی الحاکم. و الثانی وارد فی الترافع و القضاء، و إنّ قضاءه نافذ و حکمه لا یجوز نقضه، فالتعدی عنه إلی مثل الولایه علی الیتیم و المجنون یحتاج إلی الدلیل.

و إنما هی ثابته له من باب أنه القدر المتیقن ممن یجوز له التصدی له، إذ لا احتمال

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۴۷

بشرط عدم وجود الآخر (۱) و إلّا فالأمر إلیه.

[مسأله ۱۳: للحاکم الشرعی تزویج من لا ولی له]

[۳۸۷۶] مسأله ۱۳: للحاکم الشرعی تزویج من لا ولی له (۲) من الأب و الجدّ و الوصی، بشرط الحاجه إلیه، أو قضاء المصلحه اللّازمه المراعاه.

لثبوتها لغیره دونه، و إذا کان الأمر کذلک فلا مجال لثبوتها فی المقام لاحتمال ثبوتها للوصی، فإنّ نفس هذا الاحتمال یکفی فی نفیها عن الحاکم، إذ به یخرج عن کونه القدر المتیقن.

و بعباره اخری: إنّ تزویج الیتیم

أو المجنون فى فرض وجود مصلحه ملزمه لهما لما كان مما لا بدّ من وقوعه خارجاً، و كان لا بدّ من تصدى شخص معين له، ثبتت الولايه للحاكم فى فرض عدم وجود الوصى، لكونه هو القدر المتيقن ممن له التصدِّى للتزويج. و أما مع فرض وجود الوصى، فحيث لا يكون الحاكم هو القدر المتيقن، فلا مجال للقول بثبوتها له.

و على هذا فمقتضى الاحتياط هو الجمع بين رضا الحاكم و الوصى، فإنّ الأمر لا يعدوهما.

و من هنا يظهر الحال فى المجنون، فإنّ الكلام فيه عين الكلام فى الصغير. فإنّ التفاصيل المتقدِّمه من النص على النكاح و عدمه، و وجود مصلحه ملزمه و عدمه كلّها آتيه فيه أيضاً.

(۱) بلا خلاف فيه بينهم، بل و عليه التسالم.

و يقتضيه قوله تعالى «فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً» فإن مقتضاه عدم نفوذ الوصيّه التى فيها إثم أو جنف، و حيث إنّ فى نفوذ هذه الوصيّه جنفاً على الولى الآخر، فلا يثبت.

و بعباره اخرى: إنّ وصيّه الولى إنما تنفذ بالنسبه إلى المولى عليه، فإنه الذى يلزم بما فعله الوصى. و أما بالنسبه إلى الولى الآخر فلا دليل على نفوذها، بل تقييد ولايته بما إذا لم يسبقه الوصى تعدٍّ عليه و جنف فى حقه فلا تنفذ.

(۲) قد عرفت الحال فى هذه المسأله و ما يمكن أن يستدلّ به و مناقشته فى ذيل المسأله السابقه، فلا نعيد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۴۸

[مسأله ۱۴: يستحب للمرأه المالكه أمرها أن تستأذن أباها أو جدّها]

[۳۸۷۷] مسأله ۱۴: يستحب للمرأه المالكه أمرها أن تستأذن أباها أو جدّها (۱). و إن لم يكونا فتوكل أخاها، و إن تعدّد اختارت الأكبر.

---

(۱) لا يخفى اختصاص مورد الكلام بالثيب، و عدم شموله للبكر لأنها لا تملك أمرها، لما

عرفت من اعتبار انضمام رضا أبيها أو جدها إلى رضاها.

نعم، لو قلنا باستقلالها فى النكاح، فلا بأس فى القول باستحباب استئذانها لهما. و ذلك لما ورد من أن البكر لا تتزوج إلّا بإذن أبيها، فإنّ ظاهره توقّف صحّه عقدها عليه، فإذا فرض رفع اليد عن هذا الظهور، تعيّن حملها على الاستحباب لا محاله.

و كيف كان، ففى مورد الكلام لا يمكن إثبات استحباب الاستئذان بعنوانه الخاص نظراً لعدم الدليل عليه.

و دعوى أن الروايات الداله على اعتبار استئذانها إذا سقطت عن ظهورها فى الوجوب، حملت على الاستحباب لا محاله.

مدفوعه بأنه لم يرد فى المقام و لا روايه واحده تدل على اعتبار استئذان الثيب لأبيها فى النكاح، كى تحمل على الاستحباب بعد رفع اليد عن ظهورها فى الوجوب.

نعم، ورد ذلك فى البكر، و قد عملنا بظاهرها كما عرفت فيما تقدّم. كما وردت روايات مطلقه تدلّ على اعتبار استئذان الجاريه، من غير تقييد بالبكر أو الثيب، إلّا أنها محموله على البكر جمعاً بين الأخبار، و بعد تقييدها لا وجه لحمل الأمر على الاستحباب.

و أما الاستدلال على المدعى بروايه سعيد بن إسماعيل عن أبيه، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل تزوّج ببكر أو ثيب لا يعلم أبوها و لا أحد من قراباتها، و لكن تجعل المرأه وكيلًا فيزوّجها من غير علمهم، قال: «لا يكون ذا» «۱».

فمردود بأنها أجنبيه عما نحن فيه، فإنها دالّه على وجوب الإعلام، و لذا لم يذكر فيها الأب خاصّه و إنما ذكر الأقرباء أيضاً، فلا دلاله لها على استحباب الاستئذان.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ب ۳ ح ۱۵.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۴۹

[مسأله ۱۵: ورد فى الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها]

[۳۸۷۸] مسأله ۱۵: ورد

فی الأخبـار أن إذن البكر سـكوتها عنـد العرض عليهـا، و أفتی به العلماء، لكنها محموله علی ما إذا ظهر رضاها، و كان سـكوتها لحيائها عن النطق بذلك (١).

و بعباره اخری: إنّ الروايه دالّه علی وجوب الإعلام و اعتباره فی صـحّه النكاح فلا بـدّ من حملها علی التقيه لذهاب العامه إليه، و وضوح عدم اعتباره عندنا. و علی كل تقدير فهی أجنبيه عن محل الكلام.

نعم، لاـ بـأس بإثبـات الاسـتحباب فی المقام، من جهه كون الاستئـذان من أظهر مصاديق احترام الأب و الجـد و تجليلهما، إلّا أنه حينئذ لا يختص الحكم بالمذكورين فی المتن، بل يعمّ مثل الام و العم بل و كل كبير للُاسره.

(١) ذكر صـاحب الجواهر (قـدس سـره) فی المقـام صوراً: سـكوتها مقرونـاً بقرائن تـدلّ علی رضاهـا بالعقـد جزماً أو اطمئناناً، و الشك فی رضاها مع عـدم وجود قرينه تدلّ علی رضاها أو عدمه، و قيام قرينه ظنّيّه تدلّ علی رضاها، و قيام قرينه تدلّ علی عدم رضاها بالعقـد جزماً أو اطمئناناً، و قيام قرينه ظنّيّه تدل علی عدم رضاها به و قيام القرينتين معاً. و قد حكـم (قدس سـره) بالصـحّه فی الصور الثلاث الاولی و البطلان فی الثلاث الباقيه.

أمّا الصـحّه فی الاُولی و البطلان فی الرابعه فوجههما واضـح، فإنهما خارجتان عن مورد النص بلا إشـكال. أما الاولی فلأنّ العبره إنمـا هی بإحراز رضاها كيف اتفق و بأی مبرز كان، من دون حاجه إلی بيان أن سـكوتها رضاها. و أما الثانيه فلأنّ السـكوت فی النصوص منزل منزله الإذن اللفظی، فی كونه كاشفاً عن الرضا الباطنی و أماره عليه.

و من هنا فلا يبقی مجال لحمل النصوص علی بيان حكم تعبدی، و لا تكون الروايه شامله للفرض،

إذ مع العلم بعدم الكشف و عدم رضاها لا أثر للسكوت، كما لا أثر لإذنها الصريح.

و بعباره اخرى: إنّ النصوص إنما دلت على تنزيل السكوت منزله الإذن اللفظى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۵۰

[مسأله ۱۶: يشترط فى ولايه الأولياء المذكورين البلوغ، و العقل و الحريه، و الإسلام]

[۳۸۷۹] مسأله ۱۶: يشترط فى ولايه الأولياء المذكورين البلوغ، و العقل و الحريه، و الإسلام إذا كان المولى عليه مسلماً.

فلا ولايه للصغير و الصغيره على مملوكهما (۱) من عبد أو أمه، بل الولايه حينئذ لوليهما. و كذا مع فساد عقلهما (۲) بجنون (۳) أو إغماء

فى كونه أماره كاشفه عن الرضا الباطنى، و لم تدلّ على تنزيله منزله الرضا نفسه، كى يكون حكماً تعبدياً و يكون له موضوعيه، بحيث يكتفى به حتى مع العلم بعدم الرضا. و حينئذ فحيث إنه مع العلم بعدم الرضا يسقط عن الكاشفيه، فلا وجه للاستناد إليه و الاكتفاء به.

و أما التفصيل فى باقى الصور فلم يظهر له وجه.

و الذى يظهر بالتأمل فى هذه النصوص أن السكوت إنما هو منزل منزله الإذن الذى هو أماره و كاشف عن الرضا الباطنى، و لذا عرفت خروج فرض الاطمئنان بعدم رضاها قلباً، و من هنا تكون حجيه السكوت على حدّ حجيه الإذن الصريح. و حيث إنه حجه ما لم يعلم عدم رضاها، يكون الأمر فى السكوت كذلك أيضاً، من غير فرق بين قيام الظن بالوفاق أو الخلاف و عدمه، فإن الأمارات كاشفه كشفاً نوعياً و حجه بقول مطلق ما لم يحصل العلم بالخلاف، على ما هو محرر فى محلِّه.

(۱) بلا خلاف فيه، للحجر عليهما فى التصرف فيما يملكانه، فتكون الولايه لوليهما لا محاله.

(۲) العباره لا تخلو من قصور، فإن ظاهرها رجوع الضمير إلى الصغير و الصغيره إلّا أنه غير مراد

جزماً، فإن الجنون مانع عرضى فلا يكون له أثر مع وجود المانع الذاتى أعنى الصغر بل المراد به المالكان الكبير و الكبيره إذا عرض عليهما الجنون كما يشهد له عدم تعرضه (قدس سره) لحكمهما بعد ذلك.

(٣) لأنه محجور عليه، فيكون تصرّفه بمنزله العدم، و حينئذ فتنتقل ولايته إلى وليّه لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٥١

أو نحوه [١] (١).

و كذا لا ولايه للأب و الجدّ مع جنونهما و نحوه [٢] (٢). و إن جُنّ أحدهما دون

ثمّ كان عليه (قدس سره) أن يذكر اعتبار الرشد، فإنّ السفيه محجور عليه فى التصرّفات الماليه أيضاً.

(١) كالسكر.

ثمّ إنّ المراد بنفى الولايه، إن كان عدم الولايه من باب السالبه بانتفاء الموضوع باعتبار أنّ الولايه عباره عن التسلط و التمكن من التصرف فى ماله أو مال غيره و هو يتوقف على الشعور و الإدراك، فهو واضح، إلّا أن مقتضاه نفى الولايه عن النائم و الغافل أيضاً، لعدم تمكّنهما من التصرف لعدم الشعور و قصورهما عن التصرّف.

و إن كان عدم الولايه بمعنى سلبها عنهما و انتقالها إلى غيرهما، كما هو الحال فى الصغير و المجنون على ما هو ظاهر العباره، فلا يمكن إثباته بدليل. و من هنا فلو أُغمى على رجل، لم يكن لأبيه أو الحاكم التصرف فى أمواله بالبيع و الشراء و غيرهما.

نعم، لو كانت فتره نومه أو إغمائه طويله إلى حد لم يتمكن معه من التصرف فى ماله، و كان المال فى معرض التلف، ثبتت الولايه عليه حسبه، لأنّ مال المسلم محترم و يجب حفظه. إلّا أنه أجنبى عن انتقال الولايه بالإغماء إلى غيره.

و الحاصل أن ما أفاده (قدس سره) من نفى الولايه عن المغمى عليه و من هو

بحكمه و انتقالها إلى غيره، غير تامّ و لا يمكن إثباته بدليل.

(۲) الكلام فى هذا الفرع يقع فى مقامين:

الأوّل: فى ولايتهما على الصغير و الصغيره.

الثانى: فى اعتبار إذنهما فى نكاح الباكر.

أمّا المقام الأوّل: فلا ينبغى الشك فى عدم ثبوتها لهما، فإنهما إذا كانا محجورين عن

---

[۱] لا تنتقل الولايه عن المالك إلى غيره بالإغماء و نحوه.

[۲] إذا كـان زمـان الإغماء و نحوه بل الجنون أيضاً قصيراً فالظاهر أنّ البكر البالغه لا تسـتقل فى أمرها، بل لا بـدّ لها من الانتظار حتّى يفيق أبوها أو جدّها فتستجيز منه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۵۲

الآخر فالولايه للآخر (۱).

التصرّف فى أنفسهما و أموالهما، فهما أولى بالحجر عن التصرف فى نفس الغير و ماله.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، موسوعه الإمام الخوئى، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

موسوعه الإمام الخوئى؛ ج ۳۳، ص: ۲۵۲

و يؤكِّد ذلك مضافاً إلى انصراف جمله من النصوص الوارده فى المقام إلى غير المجنون قوله (عليه السلام) فى صحيحه الفضل بن عبد الملك المتقدِّمه: «و كان الجدّ مرضياً» «۱».

و كـذا مـا ورد فى لزوم المهر للأب إذا لم يكن للولـد مال «۲» فإنهـا مختصّه بالعاقـل لا محاله، فإن المجنون لا يلزمه شـى ء، فلا معنى لكون المهر عليه فى حياته، و خروجه من تركته بعد وفاته.

و أمّا المقام الثانى: فلا إشـكال فى سـقوط الولايه عنهما. و إنما الإشكال فى استقلال البكر فى تزويج نفسها، أو وجوب انتظارها

إفاقه الأب من جنونه إذا كان أدوارياً أو إغمائه أو سكره، بناءً على سقوط ولايته فی هاتین الحالتین.

الظاهر هو الثانی. فإن جمله من النصوص الوارده فی اعتبار إذن الولی، و إن کانت

قاصره الشمول لمثلها باعتبار أنها لا ولى لها، إلّا أن بعضها الآخر و هى التى وردت بلسان اعتبار استئذان الأب غير قاصر الشمول لها، فإن استئذانها منه ممكن و ذلك بالانتظار يسيراً حتى يفيق مما هو فيه، كما هو الحال فى سائر موارد الأعذار غير الجنون و الإغماء، كالنوم و الحبس و غيرهما.

نعم، لو كانت المدّه طويله بحيث يستلزم الانتظار تضرّرها، فلا بأس بالقول باستقلالها حينئذ، إلّا أنه إنما يتمّ فى الجنون حيث يمكن فرض كونه إطباقياً دون الإغماء و السكر، حيث لا يمكن فرض طول المده فيهما، فيجب عليها الانتظار لا محاله.

(١) لعموم دليل ولايته السالم عن المعارض.

---

(١) وسائل الشيعه ٢٠: ٢٩٠ كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، باب ١١ ثبوت الولايه للجدّ للأب فى حياه الأب خاصّه، الحديث ۴.

(٢) وسائل الشيعه ٢١: ٢٨٧ كتاب النكاح، أبواب المهور، باب ٢٨ إنّ من زوّج ابنه الصغير و ضمن المهر أو لم يكن للابن مال.

و كذا لا ولايه للمملوك و لو مبعضاً على ولده، حراً كان أو عبداً (١) بل الولايه فى الأوّل للحاكم (٢) و فى الثانى لمولاه.

و كذا لا ولايه للأب الكافر على ولده المسلم (٣)

---

(١) أمّا مع حريه الولد، فلأنّ العبد حتى و لو كان مبعضاً، فهو لا يقدر على شى ء و ممنوع من التصرف فى نفسه فضلًا عن غيره. و أما مع رقيته فالأمر أوضح، فإن أمره بيد مولاه و ليس للأب ولايه عليه حتى و لو كان حراً، فإن ولايته إنما هى بلحاظ ولده الصغير أو بنته البكر و بالنسبه إليهما خاصه، و أما بالنسبه إلى مالكهما فدليل ولايته قاصر الشمول له.

(٢) تقدّم

الکلام فیه فی المسأله الثانیه عشره من هذا الفصل، و قد عرفت أن الولد إذا کان کبیراً فهو مستقل فی أمره یفعل ما یشاء، و أما إذا کان صغیراً فلا ولایه للحاکم علیه، إلّا فیما تقتضیه المصلحه الملزمه و یعلم من الشارع وجوب التصدی إلیه و تحقیقه، و أما فی غیر ذلک فلا دلیل علی ولایه الحاکم علیه.

(۳) بلا خلاف فیه، بل الظاهر من کلماتهم أنه من الواضحات المتسالم علیها.

و قد استدلّ علیه فی بعض الکلمات بجمله من الآیات الکریمه و النصوص الشریفه کقوله تعالی «لَنْ یَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْکٰافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا» «۱». و قوله (صلّی اللّه علیه و آله و سلم): «الإسلام یعلو و لا یعلی علیه» «۲».

و قد تعرّض شیخنا الأعظم (قدس سره) إلی مناقشه دلاله هذه النصوص مفصّلًا و لقد أجاد (قدس سره) فیما أفاد. فإن السبیل المنفی فی الآیه المبارکه إنما هو الحجّه لا التسلّط علیه، و لذا یثبت للکافر السلطنه علی أجیره المسلم، حیث یجب علیه تنفیذ ما استأجره علیه. و علو الإسلام لا یستلزم عدم ثبوت الولایه للکافر علی المسلم.

فالعمده فی الاستدلال أمران:

---

(۱) النساء ۴: ۱۴۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۶ کتاب الفرائض و المواریث، أبواب موانع الإرث، ب ۱ ح ۱۱.

فتکون للجدّ إذا کان مسلماً (۱) و للحاکم إذا کان کافراً أیضاً (۲). و الأقوی (۳) ثبوت ولایته علی ولده الکافر [۱].

الأوّل: انصراف الأدلّه. فإن المتفاهم العرفی منها کون الولایه من جهه احترامهم و أداء حقوقهم، فلا تشمل الکافر الذی یجب عدم موادته و الابتعاد عنه.

الثانی: قاعده الإلزام. فإنّ الکفار و بحسب ما هو معلوم من الخارج لا یلتزمون بجواز إنکاح الصغیر مطلقاً، کما

لا يلتزمون بالولايه على بناتهم الأبكار و توقف نكاحهنّ على إذنهم، و حينئذ فمقتضى هذه القاعده سقوط الولايه عنه، و الالتزام بصحّه نكاحها من غير إذنه.

(۱) لعموم أدله ولايته.

(۲) قد عرفت الكلام فى ولايه الحاكم، فلا نعيد.

(۳) و هو إنما يتمّ فيما إذا كان الزوج مسلماً، و كان المستند فى نفى ولايه الكافر على ولده المسلم قوله تعالى «وَ لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» أو قوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «الإسلام يَعْلو و لا يُعْلىٰ عليه» «۱» فإنه حينئذ يمكن أن يقال بثبوت ولايته عليه، لعدم شمول الدليلين له.

و أمّا إذا كان الزوج كافراً، أو كان المستند فى نفيها عنه انصراف أدلّه الولايه عن الكافر أو قاعده الإلزام كما عرفت أنه هو الصحيح ففيما أفاده (قدس سره) إشكال بل منع. فإن الزوج إذا كان كافراً لم يعتبر فى نكاحهما شى ء من شرائط الإسلام من إذن الأب أو غيره، فإنّ لكل قوم نكاحاً. و كذا لو كان مسلماً، و لكن كان المستند فى النفى ما اخترناه، فإنّ مقتضاه هو الحكم بالصحّه سواء أرضى الأب أم لم يرض، لعدم الولايه له بمقتضى انصراف الأدله و قاعده الإلزام، فإنهما شاملان للمقام أيضاً.

---

[۱] فيه إشكال بل منع.

---

(۱) سنن البيهقى ۶: ۲۰۵، فيض القدير ۳: ۱۷۹، الفردوس بمأثور الخطاب ۱: ۱۱۶ ح ۳۹۵.

و لا يصحّ تزويج الولى فى حال إحرامه، أو إحرام المولى عليه (۱) سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل (۲).

---

(۱) لأنّ تصرّفه مقيد بكونه مشروعاً، فإذا لم يكن كذلك لكون الولى أو المولى عليه محرّماً، لم يكن له ولايه عليه و حكم ببطلانه، لما دلّ على أن المحرّم

لا يتزوّج و لا يزوّج. و ليس هذا لقصور فى ولايته، و إنما القصور فى الفعل الصادر منه، فهو نظير تزويج الخامسه أو ذات البعل.

(٢) سواء أ كان التوكيل فى حال الإحرام، أم كان فى حال إحلاله، مع وقوع العقد فى حال الإحرام.

و استدلّ عليه بأنّ الوكيل نائب عن الموكل، و فعله فعله لانتسابه إليه حقيقه.

و من هنا فإذا صدر العقد من الوكيل فى زمان لم يكن الموكل أهلًا له لكونه محرّماً حكم ببطلانه، لانتساب العقد إليه و هو محرّم.

و قد أورد عليه بأنه لا يتمّ فيما إذا كان التوكيل قبل الإحرام، إذ لم يصدر من الموكل بعد إحرامه ما هو حرام بالنسبه إليه، و مجرد انتساب العقد إليه فى ذلك الحال لا يقتضى بطلانه.

إلّا أنه مدفوع بأن العبره فى البطلان إنما هى فى انتساب العقد إليه فى حال كونه محرماً، و حيث إنه لا إشكال فيه فى المقام، إذ لا انتساب إليه قبل الإحرام، حكم ببطلانه لا محاله. و لذا لا يحتمل الحكم بالصحّه فى فرض اختصاص الوكاله بحاله الإحرام.

لكن الظاهر عدم تماميه ما استدل به على المدعى فى كلا الفرضين. و ذلك لأن فعل الوكيل إنما يكون فعل الموكل فيما إذا كان العقد و الوكاله صحيحه، فإنه حينئذ ينتسب كل ما يصدر من الوكيل إلى الموكل حقيقه. و أما إذا كانت الوكاله باطله كما هو الحال فى المقام، باعتبار أنه ليس لأحد التوكيل فيما ليس له القيام به مباشره، فلا معنى لانتساب فعل الغير إليه حقيقه و اعتباره فعلًا له.

و الحاصل أن بطلان العقد فى المقام ليس من جهه أن فعل الوكيل فعل الموكل

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٥٦

نعم، لا بأس

بالتوكيل حال الإحرام، ليوقع العقد بعد الإحلال (١).

[مسأله ١٧: يجب على الوكيل فى التزويج أن لا يتعدى عما عيّنه الموكل]

[٣٨٨٠] مسأله ١٧: يجب على الوكيل فى التزويج أن لا يتعدى عما عيّنه الموكل من حيث الشخص، و المهر، و سائر الخصوصيات، و إلّا كان فضولياً (٢) موقوفاً على الإجازه. و مع الإطلاق و عدم التعيين يجب مراعاه مصلحه الموكل (٣) من سائر الجهات. و مع التعدى يصير فضولياً (۴).

و لو وكّلت المرأه رجلًا فى تزويجها، لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه للانصراف عنه (۵). نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل نفسه أيضاً، بالعموم أو الإطلاق، جاز. و مع التصريح فأولى بالجواز. و لكن ربّما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، و الجواز مع العموم. بل قد يقال بعدمه حتى مع التصريح بتزويجها من نفسه، لروايه عمّار (۶)

حقيقه و هو محرم، و إنما هو لأجل بطلان الوكاله و كون من صدر منه العقد أجنبياً بالمره، باعتبار أن الولى لما لم يكن له القيام بالعقد فى ذلك الحال مباشره، لم يكن له تفويضه إلى غيره.

(١) لعمومات الأدله السالمه عن المخصص أو المعارض.

(٢) لأن ما وكله فيه لم يقع فى الخارج، و ما وقع منه لم يكن وكيلًا فيه.

(٣) لانصراف التوكيل عرفاً إلى ما فيه مصلحه للموكل.

(۴) لما تقدّم.

(۵) فإن التزويج و بحسب الفهم العرفى غير التزوج، فإن الأوّل ظاهر فى الإنكاح من الغير، و من هنا فلا يشمل التوكيل فيه الوكيل نفسه.

(۶) قال، سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه تكون فى أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أ يحلّ لها أن توكل رجلًا يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكلتك فاشهد على تزويجى؟ قال: «لا». قلت له: جعلت فداك، و إن كانت أيّماً؟ قال:

«و إن كانت أ أيّماً». قلت: فإن وكلت غيره بتزويجها منه؟ قال: «نعم» «۱».

---

(۱) الوسائل، ج ۲۰ کتاب النکاح، أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ب ۱۰ ح ۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۵۷

المحموله علی الکراهه (۱) أو غیرها من المحامل.

---

(۱) و هو بعید جدّاً. فالصحیح أن یقال: إن الموثقه أجنبیه عن محل الکلام بالمرّه فإنها غیر ناظره إلی توکیل الزوج فی إجراء العقد، و إنما هی ناظره إلی اعتبار الإشهاد فی الزواج، و السؤال عن کفایه شهاده الزوج فی المقام، فهو نظیر ما ورد فی القذف بالزنا من السؤال عن عدّ الزوج فی جمله الشهود، و حیث إن هذا مما لا یقول به أحد منا، فلا بدّ من حملها علی التقیه لذهاب العامه إلیه.

و بعباره اخری نقول: إنّ المشهور بین فقهاء العامّه اعتبار حضور شاهدین حال الزواج، و قد ذهب بعضهم إلی کفایه حضورهما حال الزفاف و إن لم یکونا حاضرین حال العقد، و اعتبر بعضهم کونهما غیر الزوج و الزوجه، و ذکر بعضهم أنه لا بأس بکون أحدهما هو الوکیل، و أما عندنا فالإشهاد غیر معتبر فی صحّه النکاح إجماعاً. نعم، هو معتبر فی الطلاق، و لا یجوز أن یکون الزوج هو أحد الشاهدین. و أما الوکیل فقد ذکر فی المسالک وجهین: کفایته لإطلاق أدلّه اعتبار الشاهدین غیر الزوج و الزوجه، و عدمها لکونه نائباً مناب الزوج فیثبت له ما ثبت له «۱».

إذا عرفت ذلک فنقول: إن هذه الموثقه لما کانت دالّه علی عدم کفایه شهاده الزوج الوکیل فی النکاح، باعتبار أن قوله (علیه السلام): «لا» متعلق بالتوکیل بجمیع شؤونه و خصوصیاته، فلا بدّ من حملها علی التقیه، إذ قد عرفت عدم

اعتبار الإشهاد فی النكاح عندنا بلا خلاف، و إنما هو معتبر عندهم خاصه.

ثمّ إنّ صاحب المسالك (قدس سره) قد رمی الروایه بضعف السند «۲». و هو مبنی علی اعتبار الإیمان بالمعنی الأخص فی الرواه فی صحّه الروایه، و هو مما لا نقول به، بل و لا یلتزم به هو (قدس سره) أیضاً، و إلّا فرواه الروایه ثقات جمیعاً و لا خدشه فی أحد منهم.

---

(۱) مسالک الأفهام ۹: ۱۱۵.

(۲) مسالک الأفهام ۷: ۱۵۳.

[مسأله ۱۸: الأقوی صحّه النكاح الواقع فضولًا مع الإجازه]

[۳۸۸۱] مسأله ۱۸: الأقوی صحّه النكاح الواقع فضولًا مع الإجازه (۱) سواء كان فضولیّاً من أحد الطرفین أو كلیهما، كان المعقود له صغیراً أو كبیراً حرّا أو عبداً.

و مما تقدّم یظهر الإشكال فیما أفاده صاحب الوسائل (قدس سره) فی المقام، حیث أخذ (قدس سره) فی عنوان الباب الذی ذكر فیه هذه الروایه: و لا یجوز أن یتولّی طرفی العقد.

فإنه مضافاً إلی كونه أخصّ من المدعی، إذ النسبه بین تولیه للعقد و كونه وكیلًا عنها إنما هی العموم و الخصوص من وجه، فإن من الممكن أن یوكل هو غیره فی القبول عنه، فلا- یكون متولیاً لطرفی العقد مردود، بأنّ الروایه غیر ناظره إلی المنع عن كونه موجباً قابلًا، و إنما هی ناظره إلی التوكیل مع جعله شاهداً للعقد.

و الحاصل أن الصحیح فی المقام هو ما ذهب إلیه الماتن (قدس سره)، من جواز توكیلها للرجل الذی یرید تزوّجها، بل لا مانع من تولیه لطرفی العقد، كما هو الحال فیما إذا كان ولیاً علی الطرفین، لعدم الدلیل علی المنع منه.

(۱) و تقتضیه مضافاً إلی القاعده، باعتبار أن مقتضی عمومات الوفاء بالعقد هو إنهاؤه و عدم جواز نقضه و هو شامل

للفضولی، نظراً لعدم اعتبار مقارنه الالتزام للعقد فی صدقه، بل هو صادق حتی مع تأخر الالتزام عنه، فإنه یوجب انتسابه إلیه و من ثمّ یجب علیه الوفاء به و لا یجوز له نقضه النصوص الوارده فی المقام:

کصحیحه أبی عبیده، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن غلام و جاریه زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین، قال: فقال: «النکاح جائز، أیهما أدرک کان له الخیار، فإن ماتا قبل أن یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر، إلّا أن یکونا قد أدرکا و رضیا». قلت: فإن أدرک أحدهما قبل الآخر؟ قال: «یجوز علیه ذلک إن هو رضی». قلت: فإن کان الرجل الذی أدرک قبل الجاریه و رضی النکاح، ثمّ مات قبل أن تدرک الجاریه، أ ترثه؟ قال: «نعم، یعزل میراثها منه، حتی تدرک و تحلف باللّه ما دعاها إلی أخذ المیراث إلّا رضاها بالتزویج، ثمّ یدفع إلیها المیراث و نصف المهر».

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۵۹

و المراد بالفضولی هو العقد الصادر من غیر الولی و الوکیل (۱) سواء کان قریباً کالأخ و العم و الخال و غیرهم أو أجنبیاً. و کذا الصادر من العبد أو الأمه لنفسه بغیر إذن الولی. و منه العقد الصادر من الولی أو الوکیل علی غیر الوجه المأذون فیه من اللّه أو من الموکل، ما إذا أوقع الولی العقد علی خلاف المصلحه أو تعدّی الوکیل عمّا عیّنه الموکل.

و لا یعتبر فی الإجازه الفوریّه (۲) سواء کان التأخیر من جهه الجهل بوقوع العقد، أو مع العلم به و إراده التروِّی، أو عدمها أیضاً.

قلت: فإن ماتت الجاریه و لم تکن أدرکت، أ یرثها الزوج المدرک؟ قال: «لا، لأنّ لها الخیار إذا أدرکت». قلت:

فإن كان أبوها هو الـذى زوجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه» «۱».

فـإن صـدرها الـدالّ على صـحّه النكـاح إذا تعقبته الإجـازه بعـد البلوغ وارد فى الفضولى، حيث إن المراد بـالوليين هو من يتولى أمرهما عرفاً دون الولى الشرعى كما يشهد له ذيل الصحيحه، حيث إنه (عليه السلام) حكم بلزوم العقد على الصغير أو الصغيره و عدم ثبوت الخيار لهما لو كان العقد صادراً من أبويهما.

و يؤيـده مـا دلّ على صـحّه نكـاح العبـد إذا تعقبه إذن المولى، معللًا ذلك ب «أنه لم يعص اللّٰه، و إنما عصـى سيِّده، فإذا أجاز جـاز». فإنه و إن كان وارداً فى العبـد، إلّا أنه دالّ على عـدم اعتبار مقارنه الرضا للعقـد، و كفايه الرضا المتأخر إذا كان العقـد فى نفسه مشروعاً.

(۱) و الجامع له، هو العقد الصادر ممن ليس له ولايه أو سلطنه عليه.

(۲) فإن الإجازه بمنزله إنشاء العقـد ممن له ذلك، لأنها إنما توجب إسـناد العقد الصادر إليه فيكون حكمها حكمه، له ذلك فى أى زمان شاء و لا يلزمه التعجيل، كما لا يلزمه الإنشاء لو لم يكن هناك عقد فضولى.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۶ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الأزواج، ب ۱۱ ح ۱.

....

و لا ـ وجه لقيـاس المقـام بالخيـارات الثـابته للبائع أو المشترى حيث يلتزم فيها بالفوريه، فإن العقـد فى مواردها تامّ، غايه الأمر أن لأحدهما أو كليهما حق الفسخ. و هذا بخلاف المقام، فإن العقد غير تام، و لا يجب عليه إتمامه و إنما له ذلك إذا شاء.

هذا مضافاً إلى صحيحه محمّد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال:

«قضـى فى وليده باعها ابن سيِّدها و أبوه غائب فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيِّدها الأوّل فخاصم سيِّدها الأخير فقال: هـذه وليـدتى باعها ابنى بغير إذنى، فقال: خـذ وليدتك و ابنها، فناشده المشترى، فقال: خذ ابنه يعنى الذى باع الوليده حتى ينفذ لـك مـا باعـك، فلما أخـذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابنى، فقال: لا أُرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سـيد الوليـده الأوّل أجاز بيع ابنه» «۱».

فإنّها واضحه الدلاله فى عدم لزوم الفوريه، و أنه لا محذور فى الفصل بين الإجازه و العقد و إن كان كثيراً.

ثمّ لو زوّجت المرأه نفسـها من رجـل فضوله، فهـل يلزمه الإمضـاء أو الردّ فوراً، أو يثبت لهـا الفسـخ كى لا تتضـرّر المرأه ببقائها معطله، أو لا هذا و لا ذاك؟

أقوال مبنيه على الالتزام بلزوم العقد الواقع بين الأصل و الفضولى بالقياس إلى الأوّل، بحيث لا يكون له التصرف على خلاف ما التزم به، كما التزم به شيخنا الأعظم (قدس سره) «۲».

إلّا أنه قـد تقـدّم منا فى مباحث المكاسب عـدم تماميه هـذا المبنى، باعتبار أن العقد متقوم بطرفين، و حيث إنه لم يتحقق الالتزام من الطرف الآخر، فلم يصدق العقد و من ثمّ فلا تشمله أدله اللزوم، فهو نظير بيع البائع للمبيع قبل قبول المشترى من غيره.

و من هنا فلا يكون فى تأخير الإجازه أى ضرر عليها، باعتبار أن لها التزوج من غيره.

ثمّ على تقدير تماميه هذا المبنى، فلا يمكن الحكم بلزوم الفوريه و إلزام الرجل

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۸۸ ح ۱.

(۲) كتاب النكاح ۲۰: ۱۶۲ طبع المؤتمر العالمى.

نعم، لا

تصحّ الإجازه بعد الردّ [۱] (۱)

بالإجازه أو الرد، لدليل نفى الضرر. فإنّ تضرر المرأه نتيجه لفعلها لا يوجب توجه تكليف إلى الرجل، بعد أن لم يكن قد صدر منه أى فعل و لم يكن هو سبباً فى تضرّرها. كما لا موجب للالتزام بثبوت الفسخ لها، فإنه لا يرد النكاح إلّا بأُمور معينه، ليس ما نحن فيه منها.

على أنّ تضررها قد نشأ من إقدامها فإنها هى التى أقدمت على ذلك و أضرّت بنفسها، و ليس ناشئاً من الحكم الشرعى، فلا موجب لرفع ضررها بالالتزام بالفسخ.

و قد تقدّم بيان هذا مفصّلًا فى الاستدلال على خيار الغبن بدليل نفى الضرر، حيث قد عرفت أنه غير شامل له، باعتبار أن الضرر إنما هو فى نفس المعامله لا الحكم باللّزوم، و شموله له يعنى إثبات ما يتدارك به الضّرر، و الحال أن دليل نفى الضرر قاصر عن إفاده هذا المعنى.

و الذى يهوّن الخطب أنّ مبنى هذا القول غير تامّ من أساسه، كما عرفت.

(۱) ذهب إليه جمله من الأصحاب. منهم شيخنا الأُستاذ (قدس سره) بدعوى أن الإجازه و الردّ ضدّان، فهما ضدّان أيهما سبق لم يبق مجالًا للآخر. فى حين ذهب آخرون إلى خلافه، منهم الماتن (قدس سره) فى المسأله الرابعه من باب الوصيّه حيث أفاد بأن القول بعدم نفوذ الإجازه بعد الردّ مشكل إن لم يكن إجماع خصوصاً فى الفضولى.

و كيف كان، فقد استدل على القول الأوّل بأُمور:

الأوّل: الإجماع، و يظهر من المصنف (قدس سره) التمسك به فى باب الوصيّه.

و فيه: أنه ضعيف جدّاً، إذ لم يتعرض لهذا الفرع فيما نعلم قبل الشهيد (قدس سره) «۱» أحد من الأصحاب، و معه كيف يمكن دعوى الإجماع عليه! على أننا لو

---

[۱]

فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها.

---

(١) انظر الدروس ٢: ٣٠١.

....

سلمنا ذلك فلا مجال لإثبات كونه إجماعاً تعبدياً، إذ من الممكن استناد المجمعين إلى ما يأتی من الوجوه.

الثانی: دعوی أنّ الإجازه فی العقد الفضولی بمنزله القبول فی سائر العقود، فإنّ استناد العقد إليه و تماميته إنما يكون بها. و من هنا فكما أنّ الرد قبل القبول مانع من القبول المتأخِّر عنه، فكذلك الردّ فی العقد الفضولی يمنع من لحوق الإجازه و صحّتها.

و فيه: أنّ الرد الذی يكون مانعاً من لحوق القبول، إنما هو ردّ الموجب و رفع يده عمّا التزم به، فإنه حينئذ لا يبقى مجال لصدق العقد بالتزام الآخر، إذ ليس هناك التزام ينضمّ إليه التزام القابل، ليصدق معه المعاهده و المعاقده.

و أما ردّ القابل مع بقاء التزام الموجب على حاله، فلا دليل على مانعيته و عدم اتصال القبول بالإيجاب، لأنه لم يحدث بذلك شيئاً، فإنّ غايه ما يفيد إنما هو إظهار عدم رضاه بالعقد، و من الواضح أنه يرتفع بالقبول المتأخر، من دون أن يضر ذلك بصدق المعاهده و المعاقده.

و لو تنزلنا عن ذلك، فالفرق بين الإجازه و القبول أوضح من أن يخفى. فإن الإجازه ليست قبولًا، و إنما هی إسناد للقبول المتحقق من الفضولی من غير فصل بينه و بين الإيجاب إليه. و من هنا فلا يزيد الردّ اللاحق عن النهی السابق على العقد، حيث لا يؤثر فی صحته شيئاً بعد إبرازه لرضاه من غير فصل بينه و بين الإيجاب.

الثالث: إن الفضولی بإنشائه للإيجاب أو القبول، يحدث حقاً لمن قام مقامه فی ماله، من حيث الإجازه أو الرد. و من هنا فإذا لم يكن رد الولی مسقطاً

للعقد عن قابليه الإجازه، كان ذلک منافياً لقوله (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): «الناس مسلَّطون على أموالهم».

و فيه: أنّ هذه الروايه نبويه لم تثبت، على أنها ليست مشرعه و لا تقتضـى تشريع السلطنه للمالک على قطع العلقه الموجوده على تقدير ثبوتها، و إنما دالّه على عدم حجر المالک عن التصرف المشروع فى ماله أو نفسه. هذا مضافاً إلى أنّ الفضولى لم يحدث

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢۶٣

كما لا يجوز الردّ بعد الإجازه (١) فمعها يلزم العقد.

[مسأله ١٩: لا يشترط فى الإجازه لفظ خاص]

[٣٨٨٢] مسأله ١٩: لا يشترط فى الإجازه لفظ خاص، بل يقع بكل ما دلّ على إنشاء الرِّضا بـذلک العقد (٢) بل تقع بالفعل الدالّ عليه (٣).

فى المال شيئاً، و إنما أحدث عقداً قابلًا للإجازه و الردّ، و إلّا فلو كان تصـرفاً فى المال لكان اللازم الحكم ببطلانه رأساً، لمنافاته لسلطنه المالک. إذن فهذه النبويه أجنبيه عن المقام بالكليه، و لا علاقه لها به.

و ممّا تقـدّم يظهر أنه لا دليل على عـدم تأثير الإجازه بعـد الردّ، بل من غير البعيد دعوى دلاله صـحيحه محمد بن قيس المتقدِّمه على جوازه، فإنها تضمنت الحكم بنفوذ إجازه المالک الأوّل بعد ردّه أوّلًا.

(١) بلا خلاف فيه بينهم. فإنّ العقد بالإجازه ينتسب إلى المجيز حقيقه، و من هنا تشمله أدلّه لزوم العقد، فيحتاج فسخه بعد ذلک إلى الدليل، كما هو الحال فيما لو كان هو المباشر للعقد.

(٢) إذ لا يعتبر فيها إلّا ما يكشف عن إسـناد المجيز للعقد السابق إلى نفسه و إقراره به، فإنه يكفى فى الحكم بصـحّه ذلک العقد من دون أن تكون خصوصيّه فى الكاشف. و من هنا فلا يعتبر فيها اللفظ فضلًا عن صيغه معينه، حتى و

لو قلنا باعتبار اللفظ الصريح فى العقد بدعوى أن العقد لا يصدق إلّا به، فإنّ العبره فى الإجازه إنما هى بانكشاف رضاه كيف اتفق، كما هو واضح.

(۳) و قد ذهب جماعه إلى اعتبار اللفظ فيها، تاره بدعوى أنها بمنزله العقد الجديد، و اخرى بدعوى أن الاستقراء يقتضى اعتبار اللفظ فيما يقتضى اللزوم.

إلّا أن للتأمل فى كلا هذين الوجهين مجالًا.

أمّا الأوّل: فهو مصادره على المدعى، فإن الإجازه ليست عقداً و لا هى بمنزلته و إنما هى إبراز للرضا به.

و بعباره اخرى: إنّ قياس الإجازه بالعقود قياس مع الفارق. فإنّها ليست بعقد

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۶۴

[مسأله ۲۰: يشترط فى المجيز علمه بأنّ له أن لا يلتزم بذلک العقد]

[۳۸۸۳] مسأله ۲۰: يشترط فى المجيز علمه [۱] بأنّ له أن لا يلتزم بذلک العقد (۱). فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضى به، لم يكْفِ فى الإجازه.

و إنما هى موجبه لاستناد العقد السابق إليه. و من هنا فاعتبار اللفظ فى العقود لو قيل به، لا يقتضى اعتباره فى الإجازه أيضاً.

و أمّا الثانى: فهو غير ثابت و لا دليل عليه، و قد ذكرنا فى محله أنّ الأظهر لزوم المعاطاه، و الحال أنها خاليه من اللفظ. على أنّ الاستقراء ليس بحجه، فإنّه ليس من الأدلّه الشرعيه.

إذن فلا دليل على اعتبار اللفظ فى الإجازه، و إنما العبره باستناد العقد السابق إليه كيفما اتفق، و إن كان ذلک بالفعل أيضاً.

هذا بل يمكن استفاده ما ذكرناه من بعض النصوص، كالتى دلّت على أن سكوت البكر إقرارها، إذ لا يبعد دعوى إطلاقها لفرض الفضولى أيضاً. و يؤيده ما ورد فى تزويج العبد من غير إذن مولاه، حيث حكم (عليه السلام) بأنّ سكوت المولى بعد علمه إقرار منه «۱».

و كيف كان، فالعمده فى المقام عدم

الدليل على اعتبار اللفظ.

(۱) الظاهر أنه لا دليل على هذا الاشتراط، إذ العبره إنما هی باستناد العقد السابق إليه. و من هنا فيكون الحال فی اعتقاد لزوم العقد، كالحال فيما ذكره (قدس سره) بعد ذلك من اعتقاد لزوم الإجازه. فإنّ إجازته إذا لم تكن من جهه رضاه بالعقد، بأن كان من جهه رضاه بحكم اللّه سبحانه و تعالى و إن كان هو كارهاً له، فلا أثر لها لأنه فی الحقيقه لم يجز العقد، فإنّ ما رضی به أعنی حكم اللّه سبحانه غير متحقق فی الخارج، و ما هو متحقق فی الخارج أعنی العقد لم يجزه.

---

[۱] العبره فی صحّه العقد إضافته إليه بإجازته و رضاه بذلك العقد حقيقه، و لا يعتبر فی ذلك علمه بأنّ له ذلك.

---

(۱) الوسائل ۲۱: ۱۱۷، باب ۲۶ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ۲۶۶۷۱، ۲۶۶۷۳.

نعم، لو اعتقد لزوم الإجازه عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد، فأجاز، فإن كان على وجه التقييد لم يكف (۱) و إن كان على وجه الداعی يكون كافياً (۲).

[مسأله ۲۱: الإجازه كاشفه عن صحّه العقد من حين وقوعه فيجب ترتيب الآثار من حينه]

[۳۸۸۴] مسأله ۲۱: الإجازه كاشفه عن صحّه العقد من حين وقوعه (۳) فيجب ترتيب الآثار من حينه.

[مسأله ۲۲: الرضا الباطنی التقديری لا يكفی فی الخروج عن الفضوليّه]

[۳۸۸۵] مسأله ۲۲: الرضا الباطنی التقديری لا يكفی فی الخروج عن الفضوليّه (۴)، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد، إلّا أنه كان بحيث لو كان حاضراً و ملتفتاً كان راضياً، لا يلزم العقد عليه بدون الإجازه. بل لو كان حاضراً حال العقد و راضياً به، إلّا أنه لم يصدر منه قول و لا فعل يدلّ على رضاه، فالظاهر أنه فضولی (۵) فله أن لا يجيز.

نعم، إذا كانت إجازته من جهه رضايته بالعقد واقعاً، و مع قطع النظر عن كونه لازماً أو غير لازم و إن كان هو يعتقد لزومه، فهی نافذه و مؤثره باعتبار أنها غير مقيده به.

و الحاصل أن العبره فی نفوذ الإجازه و صحتها إنما هی باستناد العقد السابق بها إليه، و أما اعتقاد اللزوم و عدمه فهو أجنبی بتمام معنى الكلمه عنها.

(۱) لانتفاء المقید بانتفاء القید لا محاله.

(۲) فإن تخلّف الداعی لا یؤثر شیئاً.

(۳) تقدّم الکلام فیه مفصلًا فی المسأله الثانیه من فصل نکاح العبید و الإماء، فلا نعید.

(۴) بلا خلاف فیه بین الأصحاب. فإنّ الرضا الباطنی و إن کان کافیاً فی حلّ التصرفات الخارجیه التکوینیه، نظیر الأکل و ما شاکله، کما یدلّ علیه السیره العملیه القطعیه، إلّا أن کفایته فی انتساب العقد إلیه لم یدلّ علیها دلیل. و من هنا فلا تشمله عمومات الوفاء بالعقد.

(۵) علی ما هو المشهور بین الأصحاب، باعتبار أن الذی یخرج العقد عن

....

الفضولیه إما هو الإذن السابق أو الرضا المتأخر، و لا شی ء منهما متحقق فی المقام.

إلّا أن الشیخ الأعظم (قدس سره) لم

يرتض ذلك، حيث ذهب إلى كفايته فى خروج العقد عن الفضوليه، و استند فيه إلى ظواهر كلمات الفقهاء و جمله من النصوص.

فإنهم حكموا بعدم كفايه السكوت، معللين ذلك بأنه أعم من الرضا، فإنه إنما يكشف عن أن العبره فى صحّه العقد إنما هى بالرضا، و أن السكوت إن لا ينفع لعدم كشفه عن الرضا.

كما يقتضيه جمله من النصوص، كالتى دلّت على أن رضا البكر صماتها، و ما دلّ على نفوذ عقد العبد إذا علم به المولى و سكت، و ما ورد فى السكرى إذا زوجت نفسها ثمّ أفاقت و أقامت معه كان ذلك رضا منها بالعقد، و ما ورد فى الخيار من أنه إذا علم بالعيب و سكت كان رضا منه به.

على أننا لو قلنا بعدم اعتبار اللفظ، و كفايه الفعل كما هو الصحيح، فمن البعيد جدّاً أن يقال بوجود موضوعيه للفعل فى الحكم بالصحّه، و إنما العبره بالمنكشف، أعنى الرضا.

إلّا أنّ ما أفاده (قدس سره) لا يمكن المساعده عليه. و ذلك أمّا كلمات الفقهاء فهى ليست بحجّه ما لم تبلغ الإجماع. على أن النسبه بين السكوت و الرضا إنما هى التباين فإنّ السكوت من الأفعال الخارجيه، فى حين أن الرضا صفه نفسيه. و من هنا فلا يمكن أن يكون المراد من قولهم أن السكوت أعم من الرضا، كون السكوت أعم من نفس الرضا، و إنما المراد به كونه أعم منه كشفاً، بمعنى أنه قد يكون كاشفاً كما هو الحال فى البكر، و قد لا يكون كذلك. و عليه فلا دلاله فيه على كفايه نفس الرضا فى الحكم بالصحّه، بل الأمر على العكس من ذلك تماماً، حيث أنه يدل على اعتبار المبرز و الكاشف فى

الحكم، نظراً لأن السكوت أعم من الرضا كشفاً.

و أما النصوص، فأما ما دلّ على أن سكوت البكر إقرارها فالاستدلال به غير واضح، إذ لم يرد فى شى ء منها أن سكوتها رضاها، كى يقال أنها دالّه على كفايه الرضا، و إنما الوارد أنّ سكوتها إقرارها، أو أن إذنها صماتها. و من الواضح أنّ التعبير بالإقرار أو الإذن دالّ على اعتبار المبرز و الكاشف، و عدم كفايه مجرد الرضا الباطنى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۶۷

....

على أننا لو سلمنا ورود التعبير بالرضا فى هذه النصوص، فهى لا تقتضى كفايه مجرّد الرضا الباطنى، إذ يرد حينئذ ما تقدّم من أنه لا يمكن حمل الرضا على الفعل الخارجى، بل لا بدّ من كون المراد أن السكوت أعم من الرضا كشفاً.

و عليه فتكون هذه الروايات دالّه على أنّ العبره و الملاک إنما هو بالرضا مع الکاشف، و عدم کفایه الرضا الباطنى المجرد.

و من هنا يظهر الحال فيما دلّ على أن سكوت المولى مع علمه بعقد العبد إقرار منه فإنه دالّ على اعتبار الإقرار، و لا دلاله فيه على كفايه الرضا الباطنى. على أنّ احتياج نكاح العبد إلى إجازه المولى أجنبى عن الفضولى تماماً، فإن العبد طرف للعقد حقيقه و هو ينتسب إليه حين صدوره بلا أى عنايه، غايه الأمر أن صحته متوقفه شرعاً على إجازه المولى، و هذا نظير اعتبار إذن الزوجه فى التزويج من بنت أخيها أو أُختها، بخلاف عقد الفضولى حيث إن انتساب العقد إليه إنما يكون بالإجازه.

و من هنا فلا مجال للاستدلال بهذه النصوص فى المقام.

و أمّا التمسّک بما ورد فى الخيار و عقد السكرى، فيرد عليه أنهما خارجان عن الفضولى موضوعاً، فإنّ العقد فى مورد الخيار

صحیح و مستند إلیه حقیقه، غایه الأمر أنّ له رفعه أو الالتزام به. و کذا الحال فی السکری، فإنّ العقد منتسب إلیها واقعاً غایه الأمر أنه لا یحکم بصحّته إلّا بعد إجازتها. فکفایه الرضا الباطنی فیهما، لا تقتضی کفایته فی الفضولی أیضاً. علی أن کفایته فیهما أیضاً محل منع، و ذلک لما تقدّم من أن الرِّضا أمر باطنی، فلا یمکن حمله علی الفعل الخارجی، إلّا باعتبار کاشفیته و کونه إمضاءً عملیاً.

إذن فما أفاده شیخنا الأعظم (قدس سره) غیر تامّ، و لا مجال للمساعده علی شی ء منه.

و من هنا فالحقّ فی المقام هو ما ذهب إلیه الماتن (قدس سره)، من عدم کفایه الرِّضا الباطنی و اعتبار المبرز له فی الخارج، نظراً لعدم استناد العقد إلیه بدونه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۶۸

[مسأله ۲۳: إذا کان کارهاً حال العقد]

[۳۸۸۶] مسأله ۲۳: إذا کان کارهاً حال العقد، إلّا أنه لم یصدر منه ردّ [۱] له (۱) فالظاهر صحّته بالإجازه (۲).

نعم، لو استؤذن فنهی و لم یأذن، و مع ذلک أوقع الفضولی العقد، یشکل صحته بالإجازه، لأنه بمنزله الردّ بعده. و یحتمل صحته [۲] (۳) بدعوی الفرق بینه و بین الردّ بعد العقد، فلیس بأدون من عقد المکره، الذی نقول بصحّته إذا لحقه الرضا، و إن کان لا یخلو ذلک أیضاً من إشکال (۴).

---

(۱) بل حتی و لو صدر منه ردّ، فإنه لا أثر له، علی ما عرفته فی المسأله الثامنه عشره من هذا الفصل.

(۲) أما بناءً علی ما اخترناه من عدم تأثیر الردّ بعد العقد، فالأمر أوضح، فإنّ الکراهیه قبل العقد لا تزید عن الردّ اللاحق له.

و أما بناءً علی ما ذهب إلیه الماتن (قدس سره) من منع الردّ اللاحق عن لحوق الإجازه

به، فالأمر كـذلك أيضاً. فإنّ العمـده فى الـدليل على منع الردّ اللاحق إنما كانت دعوى سـلطنه المالك على إسـقاط قابليه العقد عن لحوق الإجـازه به، و هى لاـ تجرى فى المقـام، لأـن الردّ إنمـا يتوسـط بين العقـد و الإجـازه. و من هنـا فقـد يقـال إنّه يوجب الانقطـاع، و أمـا مع الكراهه السـابقه أو المقـارنه فليس هنـاك مـا يوجب الانقطـاع، إذ ليس هناك عقـد فى حينها. و من هنا فلو تحققت الإجازه بعد ذلك، كانت هى ملحقه بالعقد مباشره.

(۳) هـذا الاحتمال هو المتعيّن، إذ يجرى فيه ما تقدّم فى الفرع السابق بعينه، فإنه لم يصدر من المالك ما يوجب قطع الإجازه عن العقد، فإنّ النهى لا يزيد العقد ما كان يقتضيه قبل ذلك من عدم التأثير، نظراً لكونه فضولياً.

(۴) إلّا أنه ضعيف جدّاً، و الصحيح هو الالتزام بالصحّه، على ما هو المشهور

---

[۱] تقدّم أن الرد لا أثر له.

[۲] هذا الاحتمال هو الأظهر، حتى على القول بكون الرد بعد العقد مانعاً عن الإجازه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۶۹

....

بينهم. و ذلـك أما مع مقارنه الرضا للإكراه فالأمر واضـح، لأن التجاره حينئـذ تجاره عن تراضٍ و الإقـدام عليها إقـدام مع الرضا، فإنّه الذى يدعوه نحو الفعل، و الإكراه ليس إلّا داعياً آخر منضماً إلى الداعى الأوّل.

و أما مع تأخره عنه، فلأن العقد حين صدوره لم يكن فاقداً لشى ء غير الرضا فإذا لحقه حكم بصحته.

و مـا اسـتدل به لبطلاـن عقـد المكره، من قوله تعـالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» «۱» بنـاءً على كون المراد بالتراضـى هو ما يقابل الإكراه لا ما يقابل القصد و حديث نفى الإكراه، فغير شامل للمقام.

أمّا الأوّل: فلأن المعلوم أن المراد بالتجاره ليس

هو مجرد اللفظ و الإنشاء الذی یوجد فی الخارج و ینعدم، فإنه لیس إلّا مبرزاً لها فی الخارج، و إنما المراد بها هو المنشأ و المعتبر فی الخارج.

و من هنا فحیث إنّ للتجاره بهذا المعنی بقاءً و استمراراً، فلا مانع من القول بعد لحوق الرضا بها أنها تجاره عن تراض.

و أمّا الثانی: فلأن حدیث الرفع إنما هو وارد فی مقام الامتنان کما هو معلوم، و من هنا فلا بدّ فی الحکم بالرفع من ملاحظه ما یقتضیه الامتنان، و لذا لا یحکم بفساد بیع المضطر. و حیث إنه فی المقام إنما یقتضی رفع الحکم حدوثاً لا استمراراً و بقاءً، فلا محاله یختص الرفع به دون البقاء، لأن رفعه ینافی الامتنان.

و الحاصل أنّ الامتنان إنما یکون فی رفع الحکم ما دام الإکراه باقیاً، و أما رفعه بعد ارتفاع الإکراه و رضا المکره به فلیس فیه أی امتنان علیه. و بذلک یظهر أن صحّه عقد المکره لا تتوقف علی الإجازه، بل یکفی فیها مجرد الرضا الباطنی.

ثمّ هل یکفی مجرّد الرضا الباطنی للمولی فی الحکم بصحّه نکاح العبد و نفوذه، أم لا؟

---

(۱) سوره النساء ۴: ۲۹.

[مسأله ۲۴: لا یشترط فی الفضولی قصد الفضولیه و لا الالتفات إلی ذلک]

[۳۸۸۷] مسأله ۲۴: لا یشترط فی الفضولی قصد الفضولیه (۱) و لا الالتفات إلی ذلک. فلو تخیّل کونه ولیاً أو وکیلًا و أوقع العقد، فتبین خلافه، یکون من

اختار شیخنا الأعظم (قدس سره) الأوّل «۱» حتی بناءً علی القول باعتبار الإذن فی نفوذ نکاح الفضولی، و ذلک لما یستفاد من صحیحه زراره الوارده فی نفوذ عقد العبد إذا لحقه إذن المولی، معلّلًا ذلک بقوله (علیه السلام): «إنه لم یعص اللّه، و إنما عصی سیده، فإذا أجازه فهو له

جائز» «۲» من أنّ العبره فی عدم النفوذ إنما هی معصیه السید، و حیث إن مع الرضا الباطنی للمولی و علم العبد به لا یکون عاصیاً له، یحکم بصحّه عقده من دون حاجه إلی الإجازه.

إلّا أن ما أفاده (قدس سره) لا یمکن المساعده علیه. و ذلک لأن المستفاد من قوله تعالی «فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» «۳» و النصوص الکثیره، اعتبار إذن المولی فی نفوذ نکاح المملوک، و عدم کفایه مجرد الرضا الباطنی فیه.

و أما الصحیحه المتقدِّمه فالمراد بالعصیان فیها لیس هو العصیان التکلیفی، أعنی المخالفه فی التکلیف و ارتکابه المحرم علی ما صرح بذلک فی بعض النصوص و إنما المراد به صدور العقد عن عدم الإذن، و تصرف العبد فی نفسه من غیر إذن المولی و لذا اعتبر (علیه السلام) فی جوازه إجازه المولی، و لم یقل إذا رضی فهو له جائز.

إذن فالمستفاد من الآیه الکریمه و النصوص الکثیره لا سیما ذیل هذه الصحیحه اعتبار الإذن و الإجازه فی الحکم بالصحّه و نفوذ العقد، و عدم کفایه مجرّد الرِّضا الباطنی.

و من هنا فیکون الحال فی تزویج العبد من غیر إذن مولاه کالحال فی نکاح الفضولی، و إن کان بینهما فرق من حیث انتساب العقد و عدمه.

(۱) إذ لا خصوصیّه لعنوان الفضولیه کی یعتبر قصده، فإنّ العبره إنما هی بالواقع

---

(۱) انظر کتاب النکاح ۲۰: ۱۸۴ طبع المؤتمر العالمی.

(۲) الوسائل، ج ۲۱ کتاب النکاح، أبواب نکاح العبید و الإماء، ب ۲۴ ح ۱.

(۳) سوره النساء ۴: ۲۵.

الفضولی (۱) و یصحّ بالإجازه (۲).

[مسأله ۲۵: لو قال فی مقام إجراء الصیغه: (زوّجت موکِّلتی فلانه) مثلًا]

[۳۸۸۸] مسأله ۲۵: لو قال فی مقام إجراء الصیغه: (زوّجت موکِّلتی فلانه) مثلًا، مع أنه لم یکن وکیلًا عنها،

فهل يصح و يقبل الإجازه، أم لا؟ الظاهر الصحّه (٣).

نعم، لو لم يذكر لفظ: (فلانه) و نحوه، كأن يقول: (زوّجت موكلتی) و كان من قصده امرأه معينه، مع عدم كونه وكيلًا عنها، يشكل صحّته [١] بالإجازه (۴).

و الملاک فی صحّه العقد إنما هو باستناد العقد بالإجازه إلی المجیز، و أما العاقد فهو أجنبی عنه، و لا يقوم إلّا بدور إنشاء العقد و التلفظ بالصيغه.

(١) لعدم انتساب العقد إلی من له الأمر.

(٢) لاستناده إليه حينئذ، فتشمله عمومات الوفاء بالعقد، و لا أثر لما قصده الفضولی، بل ربّما يستفاد ذلک من صحيحه أبی عبيده المتقدِّمه فی المسأله الثامنه عشره من هذا الفصل، حيث حكم (عليه السلام) بصحّه نكاح الغلام و الجاريه غير المدركين اللذين زوجهما ولياهما إذا أدركا و أجازا العقد.

حيث إنّ المراد بالولی فيها ليس هو الولی الشرعی جزماً، فإنه (عليه السلام) قد حكم فی ذيلها بنفوذ نكاحهما إذا كان المزوج لهما هو الأب، و إنما المراد به الولی العرفی كالأخ و العم، فإن مقتضی إطلاق الحكم بالصحّه حينئذ هو الحكم بالصحّه، سواء اعتقد العاقد ولايته و نفوذ عقده أم اعتقد كونه فضولياً، بل لا يبعد أن يكون الغالب فی هؤلاء اعتقاد ولايتهم على القصر و نفوذ تصرفاتهم فی حقهم.

(٣) فإنّ كلمه (موكلتی) بعد ذكر اسمها تكون زائده لا محاله، حيث إن العقد يتعلق حينئذ بما ذكر من الاسم.

(۴) فإنّ التزويج إنما وقع بعنوان الموكله، و حيث إنه ليس وكيلًا عنها و لم يذكر اسمها، فيحكم بفساده لا محاله.

---

[١] لا إشكال فيها إذا كانت المرأه معيّنه بالقرينه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٢٧٢

[مسأله ۲۶: لو أوقع الفضولی العقد على مهر معين]

[٣٨٨٩] مسأله ۲۶: لو أوقع الفضولی العقد على مهر معين، هل يجوز إجازه

العقـد دون المهر، أو بتعييـن المهر على وجه آخر، من حيث الجنس، أو من حيث القلّه و الكـثره؟ فيه إشـكال، بـل الأـظهر عـدم الصحّه فى الصوره الثانيه [٢] (١) و هى ما إذا عيّن المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازه مع شرط لم يذكر فى العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط (٢).

ثمّ إنه ربّمـا يعلـل ذلك بأنه من قبيل العقـد بالمجازات البعيـده، إذ لا يقع العقـد عليها صـريحاً و لا ظاهراً، و لا دليل على صـحّه العقد بها.

إلّا أنه مدفوع بأن الذى ذكره الأصحاب فى باب العقود، من اعتبار كون اللفظ صريحاً أو ظاهراً، إنّما هو فى مفاهيم العقود نفسها لا متعلقاتها. فلو قال: (وهبتك الـدار) و قصد به البيع لم يصح، لعدم ظهوره فيه فضـلًا عن الصـراحه. و أما بالنسـبه إلى المتعلقات فلا يعتبر ذلك فيه، لعدم الدليل عليه.

على أن المقام ليس من الإنشاء بالمجاز، فضـلًا عن كونه من المجازات البعيده، فإن اللفظ (موكلتى) مسـتعمل فى معناه الحقيقى، غايه الأمر أنه قد كذب فى تطبيقه على الخارج، و ادعائه أنها وكلته فى ذلك.

و من هنا فلو نصب قرينه على إراده المرأه المعينه، كالعهد و ما شاكله، صحّ العقد.

(١) فإنّ الذى تعلقت به الإجازه غير الذى تعلّق العقد به، فلا تنفع الإجازه لأنها إنما تصـحِّح العقد الواقع فى الخارج و تنسـبه إلى المجيز. و حيث إنّ المفروض فى المقـام أنّ مـا وقـع فى الخـارج لم تتعلـق به الإجـازه، و مـا تعلقت به لم يقع فى الخـارج حكم ببطلانه لا محاله، لعدم التطابق بينهما.

(٢) إذ يعتبر التطابق بين الإيجاب و القبول، و الإجازه بمنزله القبول من حيث إيجابها استناد العقد

إلى المجيز حقيقه، فمع اختلافهما لم يصدق العقد، لأنّ ما أوجبه الأوّل لم يقبله الثانى، و ما قبله لم يوقعه الأوّل. و معه فلا يستند ذلك العقد الصادر فضوله إليه.

---

[۲] بل فى الصوره الأُولى أيضاً.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۷۳

[مسأله ۲۷: إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليه، فتبين كونه وكيلًا فالظاهر صحته]

[۳۸۹۰] مسأله ۲۷: إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليه، فتبين كونه وكيلًا فالظاهر صحته (۱) و لزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلًا. بل و كذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد و لكن لم يبلغه الخبر، على إشكال فيه [۱] (۲). و أما إذا أوقعه

و من هنا يظهر الحال فيما استشكل فيه الماتن (قدس سره) فى صدر المسأله، أعنى الصوره الأُولى و هى إجازه العقد دون المهر، فإنّ الحال فيها كالحال فى سائر صور المسأله، لأن ذكر المهر فى العقد لا يقلّ عن الاشتراط، بمعنى كون التزامه بالعقد معلقاً على الالتزام بذلك المهر. و حينئذ فيجرى فيها ما تقدّم فى الاشتراط، من عدم التطابق بين الإيجاب و القبول، و عدم استناد العقد إلى المجيز، لأن ما أنشأه هو النكاح بمهر معلوم، و ما قبله المجيز إنما هو طبيعى النكاح. و معه فلا مجال للحكم بالصحّه.

و الحاصل أنه يعتبر التطابق بين المجاز و الإجازه، كما يعتبر ذلك فى الإيجاب و القبول.

(۱) إذ لا يعتبر فيما يصدر عن الوكيل الالتفات إلى الوكاله و إيقاع العقد بعنوان أنه وكيل، فإنه ليس كالعبادات المتوقفه على النيه، و إنما العبره فى الحكم بالصحّه بالواقع أعنى صدوره ممن هو أهل له و مفوض فيه، و هو متحقق فى المقام.

(۲) الإشكال قوى جدّاً، فإن قياس هذه الصوره على الصوره السابقه قياس مع الفارق. فإن المجرى للصيغه فى الأوّل وكيل حقيقه، و الفعل

الصادر منه صادر ممن له السلطنه واقعاً، فيحكم بصحته على القاعده و ينتسب إلى الموكل لا محاله. و هذا بخلاف ما نحن فيه، فإن من صدر منه العقد ليس بوكيل و ليس له السلطنه على ذلك فإنّ الوكاله ليست من الإيقاعات، و إنما هى من العقود المتوقفه صحتها على الإيجاب و القبول. و من هنا فلا ينفع فى الحكم بصحّه ما صدر مجرد إنشاء التوكيل، ما لم يصل ذلك إلى المباشر و يقبله.

و الحاصل أنّ الفعل فى المقام صادر من غير الوكيل، و لم يتحقق هناك ما يوجب انتسابه إلى من له الأمر، فيحكم بفساده لا محاله.

---

[۱] بل لا يبعد عدم اللّزوم.

بعنوان الفضوليّه، فتبيّن كونه ولياً، ففى لزومه بلا إجازه منه، أو من المولى عليه إشكال [۱] (۱).

و توهّم أن الفعل محكوم بالصحّه، نظراً لتضمن إنشاء الوكاله للإذن فيه و إن لم تتحقق الوكاله فى الخارج.

مدفوع بأن الإذن متوقف على العلم به أيضاً، فإنه لا يصدق أن من له الأمر قد أذن له و أنه مأذون فى الفعل بمجرد إنشاء الإذن، ما لم يصل ذلك إلى المباشر فيعلم به فإنه ليس إلّا إبرازاً للرضا الباطنى.

إذن فتدخل هذه المسأله فى المسأله الثانيه و العشرين، أعنى عدم كفايه الرضا الباطنى فى الحكم بصحّه العقد الصادر من الفضولى، و احتياج ذلك العقد إلى الإجازه.

(۱) لم يظهر لنا وجه التفرقه بين الوكيل و الولى، فإن لكل منهما السلطنه على الفعل.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إن الولى بمنزله المالك المباشر للعقد. و حيث إن المالك المباشر إذا كان ناسياً لملكه أو غافلًا عنه حين العقد، فأوقع العقد على أنه للغير ثمّ بان أنه له كما

لو باع الولـد مال أبيه معتقـداً أنه ملك أبيه، ثمّ انكشف موت أبيه فى ذلك الحين و انتقال المال بالإرث إليه، لم يحكم بصـحته إذ لم يصـدق عليه التجاره عن تراض و بيع مـاله بطيبه نفسه، فـإنه لم يبع مـاله و إنمـا بـاع مال غيره و أنشأ ملكيه مال الغير، ففى المقام يكون الحال كذلك.

إلّا أن الفرق بين الولى و المالـك لاـ يكـاد يخفى، إذ لا يعتبر فى الولى إلّا رضاه بالعقـد، لغرض أنه يعلم أن المال ليس له و أنه لغيره، و لا يقاس بالأصيل حيث إنه يعتقد خلاف الواقع و لا يقصده.

إذن فالصحيح فى الولى هو الحكم بالصحّه، كما التزمنا بها فى الوكيل.

---

[۱] أظهره اللّزوم و عدم الحاجه إلى الإجازه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۷۵

[مسأله ۲۸: إذا كان عالِماً بأنه وكيل أو ولى]

[۳۸۹۱] مسأله ۲۸: إذا كـان عالِمـاً بأنه وكيل أو ولى، و مع ذلك أوقع العقـد بعنوان الفضوليه، فهل يصـح و يلزم أو يتوقف على الإجازه، أو لا يصـح؟ وجوه [۱]، أقواها عدم الصـحّه (۱) لأـنه يرجع إلى اشتراط كون العقـد الصـادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده فى الإبقاء و العدم. و بعباره اخرى: أوقع العقد متزلزلًا.

---

(۱) و تفصيل الكلام فى هذه المسأله أن يقال:

أن العقـد الصـادر من الولى أو الوكيـل بعنوان الفضوليه، مع العلم بكونه ولياً أو وكيلًا: تاره يكون منجزاً و غير معلق على شـى ء، غـايه الأـمر أنه يقرنه بادعـاء كـاذب و يبنى عليه، و هو أنه ليس بوكيـل أو ولى. و أُخرى يكون معلقاً على إجازه الموكل، أو هو نفسه.

فإن كان من قبيل الأوّل حكم بصحته لا محاله، إذ لا قصور فى الإنشاء أو المنشأ أو

شی ء آخر مما یعتبر فی صحّه العقد، و مجرد کونه مقروناً ببناء کاذب لا یضرّ بعد تمامیه أرکان العقد و ما یعتبر فی صحته.

و من هنا یظهر الحال فیما لو کان المنشئ هو المالک الأصیل بانیاً علی الفضولیه، مع التفاته إلی کونه مالکاً، فإنه یحکم بصحته، لعدم القصور فیما یعتبر فی صحّه العقد.

و إن کان من قبیل الثانی فالحکم بصحته أو بطلانه، مبنی علی الخلاف فی اقتضاء التعلیق للبطلان و عدمه، و قد تقدّم الحدیث فیه مفصلًا.

نعم، لو أوقع العقد متزلزلًا، بأن أنشأه منجزاً و من غیر تعلیق، لکن جعل الخیار فیه لنفسه، حکم ببطلانه، لأن النکاح لا یقبل جعل الخیار فیه، علی ما تقدّم الکلام فیه فیما تقدّم.

إلّا أنّ الظاهر من عباره الماتن (قدس سره) إراده التعلیق لا جعل الخیار فیه.

---

[۱] أقواها الصحّه، نعم لو علّق عقده علی رضائه أو رضاء موکله متأخِّراً جاء فیه إشکال التعلیق، و لعلّ مراده (قدس سره) هو هذه الصوره.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۷۶

[مسأله ۲۹: إذا زوّج الصغیرین ولیهما، فقد مر أنّ العقد لازم علیهما]

[۳۸۹۲] مسأله ۲۹: إذا زوّج الصغیرین ولیهما، فقد مر أنّ العقد لازم علیهما [۱] (۱) و لا یجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه. و علی هذا (۲) فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (۳).

و أمّا إذا زوّجهما الفضولیان، فیتوقف علی إجازتهما بعد البلوغ (۴) أو إجازه ولیهما قبله. فإن بلغا و أجازا ثبتت الزوجیه، و یترتّب علیها أحکامها من حین العقد، لما مرّ من کون الإجازه کاشفه. و إن ردّا، أو ردّ أحدهما، أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازه، کشف عن عدم الصحّه من حین الصّدور (۵).

و إن بلغ أحدهما و أجاز، ثمّ مات قبل بلوغ الآخر، یعزل

ميراث الآخر على تقدير الزوجيّه. فإن بلغ و أجاز، يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع فى الإرث

---

(۱) مرّ الكلام فيه فى المسأله الرابعه من هذا الفصل، و قد عرفت أن مقتضى صحيحه محمد بن مسلم هو ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ.

(۲) لا يخفى عدم تماميه ما أفاده (قدس سره)، من تفرع ثبوت الإرث على لزوم العقد، و عدم ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ. فإنه ثابت حتى مع القول بثبوت الخيار لهما كما اخترناه، و ذلك لأنّ منشأ التوارث إنّما هو صحّه العقد و ثبوت الزوجيه بينهما، لا لزومه.

(۳) على ما تقتضيه القاعده، و يدلّ عليه غير واحد من النصوص الصحيحه صريحاً.

(۴) على ما تقتضيه القاعده فى عقد الفضولى.

(۵) و تقتضيه مضافاً إلى القاعده صحيحه أبى عبيده الحذاء، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن غلام و جاريه زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين، قال: فقال: «النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث

---

[۱] مرّ الاشكال فيه، و لكنّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث، لأنّ المفروض صحّه العقد و إن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۷۷

فإن حلف يدفع إليه (۱). و إن لم يجز، أو أجاز و لم يحلف، لم يدفع (۲) بل يرد إلى الورثه. و كذا لو مات بعد الإجازه و قبل الحلف (۳).

هذا إذا كان متهماً بأنّ إجازته للرغبه فى الإرث. و أما إذا لم يكن متّهماً بذلك، كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللّازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك، فالظاهر عدم الحاجه إلى الحلف (۴).

بينهما و لا مهر، إلّا أن يكونا قد

أدركا و رضيا». قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: «يجوز عليه ذلك إن هو رضي». قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجاريه و رضى النكاح، ثمّ مات قبل ان تدرك الجاريه، أ ترثه؟ قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف باللّٰه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثمّ يدفع إليها الميراث و نصف المهر». قلت: فإن ماتت الجاريه و لم تكن أدركت، أ يرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا، لأن لها الخيار إذا أدركت». قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك؟ قال: «يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجاريه» «۱».

(۱) على ما دلّ عليه صريحاً الصحيح المتقدِّم.

ثمّ إن مورد الصحيحه و إن كان هو موت الزوج و بقاء الزوجه، إلّا أن الظاهر أنه لا خصوصيّه لذلك كما عليه معظم الأصحاب، فإنّ موت الزوج إنما ذكر فى كلام السائل خاصه. و الظاهر أنّ الحلف إنما هو للاحتياط فى المال بالنسبه إلى الوارث و هو لا يختص بفرض موت الزوج و بقاء الزوجه، بل يثبت الحكم مع موت الزوجه و بقاء الزوج أيضاً.

(۲) لأنّ ظاهر الصحيحه ترتب الإرث على الإجازه و الحلف معاً.

(۳) لما تقدّم آنفاً.

(۴) لأنّ الظاهر من النص أنّ الحلف ليس تعبّداً محضاً، و إنما هو طريق لدفع

---

(۱) الوسائل، ج ۲۶ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب ميراث الزوج، ب ۱۱ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۷۸

[مسأله ۳۰: يترتب على تقدير الإجازه و الحلف جميع الآثار المترتبه على الزوجيه]

[۳۸۹۳] مسأله ۳۰: يترتب على تقدير الإجازه و الحلف جميع الآثار المترتبه على الزوجيه (۱) من المهر، و حرمه الام و البنت [۱] (۲) و حرمتها إن كانت هى الباقيه على الأب

و الابن، و نحو ذلك. بل الظاهر ترتب هـذه الآثار بمجرد الإجازه، من غير حاجه إلى الحلف (۳). فلو أجاز و لم يحلف مع كونه متهماً لا يرث، و لكن يترتّب سائر الأحكام.

[مسأله ۳۱: الأقوى جريان الحكم المذكور في المجنونين]

[۳۸۹۴] مسأله ۳۱: الأقوى جريـان الحكم المـذكور فى المجنونين، بـل الظاهر التعـدى إلى سائر الصور (۴). كمـا إذا كان أحد الطرفين الـولى و الطرف الآخر الفضـولى، أو كـان أحـد الطرفين المجنون و الطرف الآخر الصـغير، أو كانـا بـالغين كـاملين، أو أحدهما بالغاً و الآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك.

التهمه، فمع العلم بعدمها يكون لغواً.

(۱) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و يقتضيه صحيح أبى عبيده المتقدِّم.

(۲) ذكر البنت من سـهو القلم جزماً، فإنّ البنت لا تحرم إلّا بعـد الـدخول بأُمِّها و حيث إن مفروض كلامنا أن إجازته للعقـد إنما كـانت بعـد وفاتهـا، فلاـ مجـال لتصوّر الـدخول بالأُم كى تثبت حرمه البنت. على أن الكلام إنما هو فى الصـغيره، و معه لا مجال لفرض البنت لها كى يبحث فى حرمتها و عدمها.

(۳) فـإن الحكم على طبق القاعـده. و ذلك لما عرفت من أن الإجازه توجب الحكم بصـحّه العقـد و انتسابه إلى المجيز من حين صدوره، لكن بالكشف الحكمى بالمعنى الذى ذكرناه، و مقتضى عمومات الصحّه ترتب جميع الآثار بلا استثناء.

نعم، خرجنا عن هذه العمومات فى خصوص الإرث، لصحيحه أبى عبيده الحذاء المتقدِّمه، حيث دلّت صريحاً على اعتبار الحلف فى ثبوته، و لو لا هذه الصحيحه لقلنا بثبوته بمجرد الإجازه أيضاً.

(۴) نظراً لكون الحكم على طبق القاعده، فلا يختص بفرض معين.

---

[۱] هذه الكلمه من سهو القلم أو غلط النسّاخ.

ففى جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبه إليه

لعدم الحاجه إلى الإجازه، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده و بقى الآخر، فإنه يعزل حصه الباقى من الميراث إلى أن يرد أو يجيز.

بل الظاهر عدم الحاجه إلى الحلف فى ثبوت الميراث فى غير الصغيرين من سائر الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (١). و لكن الأحوط الإحلاف فى الجميع [١] بالنسبه إلى الإرث، بل بالنسبه إلى سائر الأحكام أيضاً.

[مسأله ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلًا أو مجيزاً]

[٣٨٩٥] مسأله ٣٢: إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلًا أو مجيزاً، و الطرف الآخر فضولياً و لم يتحقق إجازه و لا ردّ، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات (٢)، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أُم المرأه و بنتها و أُختها و الخامسه، و إذا كانت زوجه يحرم عليها التزويج بغيره؟ و بعباره اخرى: هل يجرى عليه آثار الزوجيه و إن لم تجر على الطرف الآخر أوْ لا؟.

---

(١) ما أفاده (قدس سره) لا- يتم بعد التعدى عن وفاه الزوج و بقاء الزوجه، إلى فرض وفاه الزوجه و بقاء الزوج. فإن الملاك المصحح له، أعنى الاحتياط فى المال بالنسبه إلى الوارث، بعينه موجود فى جميع هذه الصور، و لا- يختص هذا بالإرث، بل يجرى فى أخذ الزوجه المهر أيضاً، نظراً للتهمه. و أما دفع الزوج للمهر، فلا حاجه فيه إلى الحلف، نظراً لكونه عليه لا له.

(٢) الكلام فى هذه المسأله يقع فى نقاط:

النقطه الاولى: فى لزوم العقد بالنسبه إلى الأصيل أو المجيز، بحيث لا يكون له رفع اليد عنه ما لم يرد الطرف الآخر. و عدمه، كما هو الحال فى رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول.

---

[١] لا يترك الاحتياط بالإضافه إلى الإرث و إلى أخذ المهر، و أما بالإضافه

إلى بقيّه الأحكام فالظاهر عدم الحاجه إلى الحلف، مع أنه أحوط.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۸۰

....

الذى يظهر من كلمات بعضهم، و اختاره شيخنا الأُستاذ (قدس سره) «۱» بل يظهر من كلمات الشيخ (قدس سره) «۲» هو الأوّل.

و استدلّ عليه بقوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بدعوى أنه انحلالى بالنسبه إلى طرفى العقد، فيجب على الطرف الأوّل الالتزام به، حتى و لو لم يجب ذلك على الطرف الآخر لعدم صدور القبول منه.

و فيه: أن موضوع الأمر بالوفاء و الحكم باللزوم إنما هو العقد، و هو على ما تقدّم غير مرّه عباره عن ربط التزام بالتزام آخر، كما هو الحال فى عقد الحبل و شدّه بآخر. و من هنا فمع عدم التزام الطرف الآخر لا يصدق العقد، و لا يكون موضوع الأمر بالوفاء و اللّزوم، الذى هو بمعنى عدم قابليته للنقض و الانحلال، متحقِّقاً.

و عليه فيكون حاله حال رفع اليد عن الإيجاب قبل القبول، بل يكون هو من مصاديقه، فإن قبول الفضولى لا يعتبر التزاماً كى ينضم إلى التزام الأصيل، فإنه لا يلتزم بشى ء و إنما ينشئ أمراً يتعلّق بالغير.

ثمّ إن شيخنا الأُستاذ (قدس سره) قد استدل على اللزوم، بأن الأصيل بنفس الإنشاء قد ملك التزامه للطرف الآخر، و من هنا فليس له أن يرجع فيه، نظراً لكونه مملوكاً للغير.

و فيه: أن الالتزام ليس متعلقاً للتمليك و إنما هو التزام به، فليس هو مملوكاً للغير بل لم يتحصل لنا معنى معقول لملكيه الالتزام و إن كانت الاعمال قابله للملك. على أن لازم ذلك بقاء الملك بلا مالك، فإن الأصيل لا يملكه لأن المفروض أنه قد ملكه للغير، و الفضولى أجنبى عنه بالمره فلا معنى لكونه هو المالك، و

لاـ يملكه من له الإجازه لعدم صدور القبول منه، و الملكيه لا تكون قهريه بل تحتاج إلى الإيجاب و القبول، فلا معنى لحصولها قبل القبول. فيبقى الملك بلا مالك، و هو محال.

إذن فلا دليل على لزوم هذا الالتزام و عدم جواز رفع اليد عنه، لعدم صدق العقد

---

(۱) كتاب النكاح ۲۰: ۱۱۰ طبع المؤتمر العالمى.

(۲) انظر النهايه: ۴۶۶.

....

فى المقام، و إن عبر عنه بالعقد الفضولى مسامحه. و يترتب على ذلك صحّه جميع التصرفات المنافيه له و نفوذها، و يكون ذلك فسخاً فعلياً للإنشاء الأوّل، و معه فلا يبقى أثر للقبول اللاحق. و منه يظهر ما فى صدر عباره الماتن (قدس سره) من التعبير ب (إذا كان العقد لازماً) فإنه لا وجه له، اللّهمّ إلّا أن يحمل على المسامحه.

النقطه الثانيه: فى جواز التصرفات المنافيه للإنشاء و عدمه من حيث الحكم التكليفى، بعد البناء على لزوم الالتزام من طرف الأصيل و المجيز.

اختار شيخنا الأنصارى (قدس سره) الأوّل بناءً على القول بالنقل، و الثانى بناءً على القول بالكشف. و استدل عليه بالأمر بالوفاء بالعقد، حيث إن مقتضاه ترتيب آثاره عليه، و هو يعنى عدم جواز التصرف المنافى له «۱». و هذا منه (قدس سره) يبتنى على ما ذكره فى مبحث أصاله اللزوم فى المعاطاه، من أن المراد من الوفاء بالعقد هو ترتيب آثاره عليه. إلّا أننا قد ذكرنا فى محله، أن معنى الوفاء إنما هو إنهاء الالتزام و استمراره، فصرفه عن معناه و الالتزام بأن المراد به هو ترتيب الآثار عليه، يحتاج إلى القرينه و هى مفقوده.

إذن فالوفاء الذى تعلق به الأمر، يدور أمره بين أن يكون حكماً تكليفياً، أو يكون إرشاداً

إلی عدم تحقق نقضه فی الخارج، نظیر قوله (علیه السلام): «دعی الصلاه أیام أقرائک» «۲». و حیث إن الأوّل غیر محتمل، لأن لازمه نفوذ الفسخ و إن کان محرماً من حیث الحکم التکلیفی، و ذلک لأن الحکم لا یتعلق إلّا بأمر مقدور إذ لا معنی لوجوب الممتنع أو حرمته، و علیه فیکون معنی حرمه الفسخ هو نفوذه و تأثیره و هذا ممّا لا یقول به أحد، فیتعیّن الثانی.

و لو تنزّلنا عن هذا کلّه، و قلنا بأن معنی الوفاء بالعقد هو ترتیب الآثار، و أن الآیه الکریمه تتضمن حکماً تکلیفیاً، إلّا أن ذلک لا ینفع فیما ذکره (قدس سره) من اللزوم فی المقام. و الوجه فیه أن موضوع الأمر بالوفاء إنما هو العقد، و قد عرفت أنه غیر

---

(۱) کتاب النکاح ۲۰: ۱۱۰ طبع المؤتمر العالمی.

(۲) الوسائل ۲: ۲۸۷ أبواب الحیض باب (۷) ح ۲۱۵۶.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۸۲

....

متحقِّق فی الخارج، لعدم تحقق الالتزام من الطرف الآخر.

و من هنا یظهر أنه لا وجه لتقیید الماتن (قدس سره) للجواز بما إذا لم یعلم لحوق الإجازه من الآخر بعد ذلک، حتی بناءً علی القول بالکشف، إذ لیس بالفعل حکم بالملکیه أو الزوجیه، نظراً لعدم تحقق العقد کما عرفت، فیکون تصرفه فیه تصرفاً فی ملکه.

نعم، قد یقال بذلک بناءً علی الکشف الحقیقی، لانکشاف وجود الزوجیه حین العقد واقعاً بعد ذلک.

إلّا أنه أیضاً قابل للدفع، باعتبار أن الکشف الحقیقی أیضاً إنما یکون مع استمرار الطرف الأصیل علی التزامه و بقائه إلی حین الإجازه، و أما بعد رفع الید عنه فلا مجال للکشف بالإجازه من الطرف الثانی عن وجود الزوجیه آن ذاک.

النقطه الثالثه: فی نفوذ تصرفات الأصیل المنافیه لالتزامه

قبل الإجازه و عدمه على تقدير لحوق الإجازه و القول بأنها كاشفه.

ذهب الماتن (قدس سره) إلى الثانى مع التزامه بالجواز تكليفاً، بدعوى أن الإجازه لما كانت كاشفه عن صحّه العقد من حينه و إن كان الاعتبار من حينها، كان لازم ذلك بطلان جميع التصرفات المنافيه له و المتأخره عنه زماناً. فلو تزوّج إحدى الأُختين فضولًا، ثمّ تزوّج الأُخرى برضاها، ثمّ أجازت الأُولى العقد، كانت هذه الإجازه كاشفه عن زوجيه الاولى له من حين العقد، و لازم ذلك هو بطلان عقد الثانيه، نظراً لحرمه الجمع بين الأُختين.

و التحقيق: أنّ الحكم فى هذه النقطه مبنى على المختار فى النقطه الأُولى. فإن قلنا فيها بلزوم العقد، كما اختاره شيخنا الأنصارى (قدس سره)، كان الأمر كما ذكره الماتن (قدس سره)، من نفوذ العقد الفضولى بالإجازه، و بطلان التصرف المنافى له. و إن قلنا بما اخترناه من عدم اللّزوم لعدم تحقق مفهوم العقد، فالظاهر هو الحكم بصحّه العقد الثانى و نفوذه، و بطلان الالتزام الأوّل لرفع اليد عنه بالتصرف المنافى له فإنه يعد فسخاً و رداً له، و معه فلا يبقى مجال للحوق الإجازه و انضمامها إليه كى يتحقّق به مفهوم العقد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۸۳

قولان، أقواهما الثانى، إلّا مع فرض العلم بحصول الإجازه بعد ذلک [۱] الكاشفه عن تحقّقها من حين العقد (۱). نعم، الأحوط الأوّل، لكونه فى معرض ذلک بمجى ء الإجازه. نعم، إذا تزوّج الأم أو البنت مثلًا، ثمّ حصلت الإجازه كشف عن بطلان ذلک [۲] (۲).

[مسأله ۳۳: إذ ردّ المعقود أو المعقوده فضولًا العقد و لم يجزه]

[۳۸۹۶] مسأله ۳۳: إذ ردّ المعقود أو المعقوده فضولًا العقد و لم يجزه لا- يترتّب عليه شى ء من أحكام المصاهره، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلًا أم لا،

لعدم حصول الزوجيه بهذا العقد الغير المجاز، و تبين كونه كأنه لم يكن.

و الحاصل أن العقد الثانى محكوم بالصحّه لصدوره من أهله و وقوعه فى محلّه، فإن الإجازه لا محل لها لارتفاع الالتزام الأوّل، و معه فلا مجال للكشف عن صحّه العقد الأسبق المقتضيه لبطلان العقد الثانى لا محاله.

نعم، بناءً على القول بالكشف الحقيقى بحيث تكون الإجازه مجرّد معرف فقط، ربّما يقال ببطلان العقد الثانى، لانكشاف كون الأُخت الاولى زوجه له من حين العقد واقعاً و إن لم يكن هو عالماً به، و معه تبطل زوجيه الثانيه لا محاله.

إلّا أنك قد عرفت فيما تقدّم، أن القائلين بالكشف الحقيقى إنما يقولون به مع بقاء الأوّل على التزامه، و أما مع رفع اليد عنه فلم يعرف منهم قائل به.

(۱) عرفت فيما تقدّم أنه لا أثر للعمل بحصول الإجاره بعد ذلك و عدمه، فى جواز التصرف المنافى للالتزام الأوّل و نفوذه، فإن للأصيل ذلك ما لم يتحقق مفهوم العقد بإجازه الطرف الآخر فعلًا و يؤمر بالوفاء.

(۲) ما أفاده (قدس سره)، حتى على تقدير تسليم ما تقدّم منه (قدس سره) من كشف الإجازه عن صحّه العقد الأوّل من حينه، إنما يتمّ فى الأُختين و البنت و الأُم، مع فرض تقدّم عقد البنت دون العكس.

و أما فيه، كما لو تزوّج الام فضوله ثمّ تزوّج بنتها قبل إجازتها هى العقد ثمّ

---

[۱] بل مع هذا الفرض أيضاً.

[۲] فيه منع، نعم يتم ذلك على الكشف الحقيقى ببعض معانيه، على إشكال فيه أيضاً.

و ربّما يستشكل فى خصوص نكاح أُم المعقود عليها (۱). و هو فى غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح، و مجرد العقد لا يوجب

شيئاً، مع أنه لا ـ فرق بينه و بين نكاح البنت [۱] (۲). و كون الحرمه فى الأوّل غير مشروطه بالـدخول، بخلاف الثانى، لا ينفع فى الفراق.

أجازت العقـد، فالحكم بالبطلان و إن كان هو المشـهور و المعروف بينهم، و إن لم يكن قد دخل بها كما صرح به بعضـهم، إلّا أننا لم نعثر على دليل له، فإنه لم يرد فى شـى ء من النصوص حرمه الجمع بينهما كما هو الحال فى الأُختين، و إنما المـذكور فى الآيه الكريمه و النصوص الشـريفه حرمه الربيبه إذا دخل بأُمها، فإذا فرض عدم الدخول بها كانت الربيبه داخله فى عنوان «مٰا وَرٰاءَ ذٰلِكُمْ» الذى تضـمّنت الآيه المباركه حلّيّته و مقتضـى حلّ نكاحها هو صـحّه العقد عليها كما هو واضح، و حينئذ تحرم الام لقوله تعالى «وَ أُمَّهٰاتُ نِسٰائِكُمْ» و معه فلا يبقى مجال لإجازتها للعقد السابق.

و الحاصـل أنّ البطلاـن إنمـا يكون فى عقـد الاـم دون عقـد البنت، كمـا هو الحـال فى الرضاع و ما شاكله من الأسـباب الموجبه لبطلان عقد الام قبل الدخول بها.

نعم، لو ثبت مـا يـدلّ على حرمه الجمع بين الام و البنت بهـذا العنوان، تم ما أفاده (قـدس سـره) من بطلان عقـد البنت، بناءً على تسليم ما أفاده (قدس سره) من كشف الإجازه عن صحّه العقد من حينه، إلّا أن مثل هذا الدليل مفقود.

(۱) و كـأن وجهه كفـايه العقـد الفضولى و المتحقّق من جـانب واحـد فقـط و الربط الحاصل به، فى حرمه أُمها و إن لم تحصـل الزوجيه.

(۲) الأمر و إن كان كما ذكره (قدس سـره) فى المقام، فإنّ مجرّد العقد لا يوجب شـيئاً، إلّا أن ما أفاده (قدس سره) من النقض و عدم الفرق بين نكاح الام

و نكاح البنت لا يمكن المساعده عليه، حتى بناءً على ما ذهب إليه المشهور من حرمه الجمع بينهما.

---

[۱] الأمر و إن كان كـذلك فى المقام حيث لم يتحقّق عقد قبل الإجازه إلّا أنّ بين نكاح الأُم و نكاح البنت فرقاً من جهه أخرى، و هى أنّ مجرّد نكاح الأُم لا يوجب بطلان العقد على البنت، فلو عقد على البنت و الحال هذه بطل عقد الأُم، و هذا بخلاف عقد البنت فإنه بمجرّده يوجب بطلان العقد على الأُم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۸۵

[مسأله ۳۴: إذا زوّجت امرأه فضولًا من رجل و لم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر]

[۳۸۹۷] مسأله ۳۴: إذا زوّجت امرأه فضولًا من رجـل و لم تعلم بالعقـد فتزوّجت من آخر، ثمّ علمت بـذلك العقـد، ليس لها أن تجيز لفوات محـل الإجازه (۱). و كـذا إذا زوج رجـل فضولًا بـامرأه، و قبل أن يطلع على ذلك تزوّج أُمها أو بنتها أو أُختها، ثمّ علم.

و دعوى أن الإجازه حيث إنها كاشفه إذا حصلت، تكشف عن بطلان العقد الثانى، كما ترى.

و ذلك لأنّ الموجب لحرمه البنت ينحصـر فى أحد أمرين: الدخول بالأُم، أو الجمع بينهما فى الزوجيه على ما اختاره المشـهور و إن لم نرتضه و لاـ شـى ء من هـذين العنوانين متحقق فى المقـام. فـإن الأوّل مفروض العـدم، نظراً لعـدم إجازتها للعقـد. و الثانى متوقف على تحقق العقـد، و هو غير صـادق بمجرّد الالتزام من طرف واحـد و لا قائل بكفايه مثل هـذا الالتزام الصادر من جانب الرجل فى حرمه البنت، و إن قيل بها فى حرمه الأُم.

و إذن فيصحّ عقد البنت بلا محذور، و معها لا يبقى مجال لإجازه الام للعقد السابق حيث إنها أصبحت أُم الزوجه.

و الحاصل فما أفاده (قدس سره) من النقض غير تامّ، و لا

یمکن المساعده علیه لوجود الفرق بین المقامین.

(۱) وفاقاً للشیخ الأعظم (قدس سره) فی مبحث ثمرات القول بالکشف أو النقل من المکاسب «۱».

و هو بناءً علی ما اختاره المشهور من عدم تأثیر الإجازه بعد الردّ واضح، فإنها و إن لم تکن ملتفته إلی ذلک، إلّا أن التزامها بالعقد الثانی لما کان التزاماً منها بجمیع خصوصیاته و لوازمه و منها عدم کونها زوجه لغیره، کان ذلک ردّاً للعقد السابق و رفضاً له و إن لم تکن هی عالمه به.

---

(۱) المکاسب: ۱۳۴.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۲۸۶

[مسأله ۳۵: إذا زوّجها أحد الوکیلین من رجل، و زوّجها الوکیل الآخر من آخر]

[۳۸۹۸] مسأله ۳۵: إذا زوّجها أحد الوکیلین من رجل، و زوّجها الوکیل الآخر من آخر، فإن علم السابق من العقدین فهو الصحیح (۱). و إن علم الاقتران بطلا معاً (۲). و إن شک فی السبق و الاقتران فکذلک، لعدم العلم بتحقق عقد صحیح، و الأصل عدم تأثیر واحد منهما (۳).

و إن علم السبق و اللّحوق، و لم یعلم السابق من اللّاحق، فإن علم تاریخ أحدهما

و أما بناءً علی ما اخترناه، من عدم مانعیه الرد عن لحوق الإجازه، فالأمر کذلک أیضاً، باعتبار أنها تخرج بالعقد الثانی عن قابلیه الإجازه.

و الوجه فیه ما تقدّم مراراً من أن العقد إنما یکون عقداً لها و ینتسب إلیها بعد الإجازه، و أما قبلها فلا انتساب إلیها و لیست هی بزوجه لذلک الرجل.

و من هنا فحین التزویج الثانی تکون المرأه خلیه من البعل، فیحکم بصحّه هذا العقد لا محاله لصدوره من أهله و وقوعه فی محله، و بذلک تصبح المرأه ذات بعل فلا یصحّ لها أن تتزوج لفوات المحل، بلا فرق فی ذلک بین کون زمان الزوجیه بالفعل أو السابق، فإنه الآن لا یمکن الحکم بتلک

الزوجيه السابقه.

نعم، بناءً على الكشف الحقيقى قد يقال بذلك. لكنك قد عرفت فيما سبق أنه لا يتمّ أيضاً، لأنه إنما يتمّ فيما إذا كان العقد قابلًا للاستناد بالإجازه إلى المجيز. و حيث إنه لا قابليه فى المقام، لأن الزوجه لا تتزوج ثانياً، فلا مجال للإجازه كى يقال إنها تكشف عن وجود الزوجيه فى ذلك الزمان حقيقه.

(۱) بلا خلاف فيه، و يقتضيه إطلاقات و عمومات أدله نفوذ العقد.

(۲) لعدم إمكان الجمع بينهما، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح.

(۳) ما أفاده (قدس سره) إنما يتمّ بناء على ما سلكناه فى الاستصحاب، من جريانه فى كلا الطرفين المعلوم التاريخ و مجهوله، فإنّ أصاله عدم زوجيه أُختها فى زمان العقد عليها معارضه بمثلها فى الأُخرى، و حيث لا يمكن الجمع بينهما يتساقطان لا محاله، حتى مع العلم بتاريخ أحدهما دون الآخر. فإن معلوم التاريخ و إن لم يجر فيه

حكم بصحّته [۱] (۱) دون الآخر. و إن جهل التأريخان، ففى المسأله وجوه: أحدهما: التوقيف حتى يحصل العلم (۲)، الثانى: خيار الفسخ للزوجه، الثالث: أن الحاكم يفسخ، الرابع: القرعه.

الاستصحاب بالنسبه إلى عمود الزمان، إلّا أنه بالنسبه إلى الزمانى أعنى عقد الأُخت الثانيه يجرى بلا محذور، حيث يشكّ فى وقوع العقد على الأُخت قبل ذلك الزمان، فيجرى الاستصحاب.

و أمّا على مبنى الماتن (قدس سره) و المشهور من عدم جريان الاستصحاب فى معلوم التاريخ، فلا يتمّ ما ذكره (قدس سره) على إطلاقه، بل لا بدّ من التفصيل بين كونهما معاً مجهولين، و كون أحدهما معلوماً و الآخر مجهولًا.

(۱) و هو إنما يتمّ على مسلكه (قدس سره) من عدم جريان الأصل فى معلوم التاريخ.

و أمّا

بناءً على ما اخترناه من جريان الأصل فى كلا الطرفين، بلا فرق فى ذلك بين معلوم التاريخ و مجهوله، باعتبار أن الأصل و إن لم يكن جارياً بالنسبه إلى عمود الزمان، إلّا أنه لا محذور فى جريانه فيه بلحاظ الحدث الآخر عقد الأُخت الثانيه فلا فرق فى الحكم بين الصورتين، بمعنى كون حكم معلوم التاريخ هو حكم مجهوله.

(٢) الظاهر أن هذا القول لا يعتبر تفصيلًا فى المقام، لأن مفروض الكلام عدم إمكان تحصيل العلم، إذ مع إمكانه لا تكون هناك شبهه أو مشكله فى المقام. و لا- يحتمل فيه القول بثبوت الخيار لها أو للحاكم أو القرعه، كما لو عقد الوكيل عن الزوج على إحدى ابنتى زيد معينه و كان الزوج جاهلًا بها، أ فيحتمل القول بثبوت الخيار له أو للحاكم أو القرعه، مع تمكنه من السؤال من الوكيل؟! نعم، لو كان تحصيل العلم من الصعوبه بمكان بحيث يلحق بعدمه، كما لو توقّف على الانتظار خمسين سنه مثلًا المستلزم لبقاء المرأه معطّله، لم يكن به اعتبار.

---

[١] الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٢٨٨

و الأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير [١] (١).

و كذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعه و الآخر بأُخرى، أو زوّجه أحدهما

---

(١) بل هو المتعين. و ذلك لأن الضرر المتوجه إليها لم ينشأ من الزوجيه أو آثارها كى يقال بثبوت الخيار لها أو للحاكم فى فسخها، فإنه لا ضرر فى الزوجيه نفسها أو فى آثارها المترتبه عليها كلزوم التمكين و غيره، و لذا لو كان الزوج معلوماً لم يكن فيهما أى ضرر، و إنما الضرر ناشئ من الجهل بالزوج، و حكم العقل بلزوم الاحتياط و عدم تمكنها من

تمكين نفسها لزوجها الواقعى. فغايه ما يقتضيه دليل نفى الضرر، هو عدم لزوم الاحتياط و البناء على زوجيه نفسها لأحد الرجلين، و هو يحصل بالقرعه. و أما ثبوت الفسخ لها، أو للحاكم، فلا مبرر له.

على أننا قد ذكرنا فى مبحث خيار الغبن حيث تمسكوا لإثباته بدليل نفى الضرر أن الضرر إنما هو فى نفس العقد. فلو كان دليل نفى الضرر شاملًا له للزم الحكم ببطلانه رأساً، لا القول بصحته مع ثبوت الخيار للمتضرر، إذ الذى يظهر من دليل نفى الضرر أن الحكم الضررى غير مجعول فى الشريعه المقدسه لا أنه مجعول، غايه الأمر أنه يتكفل إثبات ما يتدارك به.

إذن فلا وجه لإثبات الخيار للزوجه، فضلًا عن الحاكم حيث لا دليل على ولايته. و عليه فيدخل المقام تحت قولهم (عليهم السلام): «القرعه لكل أمر مشكل» «۱» حيث إنه لا طريق لتخلصها و المرأه لا تبقى معطله.

ثمّ لا يخفى أن مقتضى الاحتياط هو أن يطلقها أحدهما فيتزوجها الآخر بعقد جديد إن شاء و إلّا فيطلقها هو أيضاً، كى يجوز لها جزماً التزوج من ثالث غيرهما.

---

[۱] و إن كان الأحوط أن يطلّقها أحد الرجلين فإن شاء الآخر تزوّجها بعقد جديد، و إلّا فالأحوط أن يطلّقها هو أيضاً، و كذلك يُراعى الاحتياط فى الفروع الآتيه.

---

(۱) انظر الوسائل ۲۶: ۲۹۰ كتاب الفرائض و المواريث.

بامرأه و الآخر ببنتها [۱] (۱) أو أُمها أو أُختها. و كذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل و زوجها وكيلها من آخر، أو تزوّج بامرأه و زوّجه وكيله بأُخرى لا يمكن الجمع بينهما.

و لو ادّعى أحد الرّجلين المعقود لهما السبق، و قال الآخر: لا أدرى من السابق و صدقت المرأه

المدعی للسبق، حکم بالزوجیه بینهما لتصادقهما علیها (٢).

---

(١) و هو إنما یتم بناءً علی ما ذهب إلیه المشهور و اختاره الماتن (قدس سره) من حرمه الجمع بین الام و البنت. و أما بناءً علی ما اخترناه، من اختصاص حرمه البنت بفرض الدخول بالأُم، فالمتعین هو الحکم بصحّه عقد البنت و بطلان عقد الام، سواء أ کان عقدها متقدماً أم مقارناً أم متأخراً.

(٢) و الحق لا یعدوهما، فیؤخذ کل منهما بإقراره بالنسبه إلی ما للآخر علیه من حقوق، بل تقتضیه السیره القطعیه حیث یحکم بزوجیه کل متصادقین علیها من دون أن یطالبا بالبینه أو الیمین، بل لا یبعد کونه من مصادیق کبری تصدیق المدعی إذا لم یکن له معارض.

و اللّه ولی العصمه.

إلی هنا انتهی ما أفاده سماحه آیه اللّه العظمی الإمام الوالد أدام اللّه ظله العالی علی رؤوس المسلمین مناراً للإسلام و ذخراً لهم، فی مجلس درسه الشریف شرحاً علی کتاب النکاح من العروه الوثقی.

و الحمد للّه علی توفیقه لی فی الحضور و الکتابه، و أسأل اللّه عزّ و جلّ أن یطیل عمر سیِّدنا دام ظلّه لإحیاء فقه آل محمّد (صلّی اللّه علیه و آله و سلم) و تراثهم الخالد و أن یوفقنی للحضور و الفهم و الکتابه، إنه سمیع مجیب.

و کان الفراغ من تسویده فی الیوم الحادی و العشرین من شهر محرم الحرام سنه أربعمائه و ثلاث بعد الألف من الهجره النبویه الشریفه، و صلّی اللّه علی محمّد و آله الطیبین الطاهرین.

---

[١] الظاهر أنّ عقد البنت صحیح و عقد الأُم باطل کما تقدّم.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٢٩١

[کتاب الوصیّه]

اشاره

کتاب الوصیّه

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٢٩٣

کتاب الوصیّه

[فصل فی معنی الوصیّه و أقسامها و شرائطها]

اشاره

[فصل فی معنی الوصیّه و أقسامها و شرائطها] و هی إما مصدر: وَصَی یَصِی، بمعنی الوصل (۱) حیث إن الموصی یصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحیاه. و أما اسم مصدر، بمعنی العهد من: وصّی یُوصِّی تَوصیه (۲) أو: أوصی یوصی إیصاء.

[فصل فی معنی الوصیّه و أقسامها و شرائطها]

(۱) کذا ذکر جماعه من الأصحاب، و لعل الأصل فیه ما ذکره الشیخ (قدس سره) فی المبسوط «۱».

إلّا أنه ضعیف جدّاً، حیث لم یعلم و لا مورد واحد لاستعمالها فیه، کما لم یذکر فی شی ء من کتب اللغه ذلک، فهذا الاحتمال بعید بل مقطوع البطلان، کما نبّه علیه الشیخ الأعظم (قدس سره) فی رسالته «۲».

(۲) و هذا الاحتمال هو المتعین، کما یشهد له استعمالها فیه فی الآیات الکریمه و عرف المتشرعه.

کقوله تعالی «مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ» «۳».

و قوله تعالی «مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِینَ بِهٰا أَوْ دَیْنٍ» «۴».

---

(۱) المبسوط ۴: ۳.

(۲) الوصایا و المواریث للشیخ الأنصاری ۲۱: ۲۳ طبع المؤتمر العالمی.

(۳) سوره النساء ۴: ۱۱.

(۴) سوره النساء ۴: ۱۲.

و هی أما تملیکیه أو عهدیه (۱). و بعباره اخری (۲): أما تملیک عین، أو منفعه

و قوله تعالی «مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ تُوصُونَ بِهٰا أَوْ دَیْنٍ» «۱».

و قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ» «۲». إلى غير ذلك من الآيات الكريمه.

فإنّ الكلمه فى جميع هذه الموارد مستعمله فى العهد و اسم المصدر لوصّى يوصى توصيه.

ثمّ لا يخفى أنّ المراد بها فى عرف المتشرعه إنما هو قسم خاص و حصه معينه من العهد، و هى ما يتعلق بما بعد

الموت فحسب.

(١) الفرق بين القسمين يكمن فى أن الاولى إنما تتعلق بالأُمور الاعتباريه التى هى نتيجه للفعل الخارجى، و تتضمن تمليك الموصى له شيئاً من العين أو المنفعه، و يلحق بها كل وصيّه لم يكن متعلقها فعلًا خارجياً، كالوصيّه بفك الملك كالتدبير و إبراء المديون، فإنها و إن لم تكن تمليكيه بالمعنى الذى ذكرناه حيث إنها لا- تتضمّن تمليك أحد شيئاً، إلّا أنها تلحق بها لكون متعلقها نتيجه الفعل نفسه. و هذا بخلاف الثانيه حيث إنها تتعلق بالأفعال الخارجيه، كتغسيله و كفنه و دفنه و غيرها.

و بعباره اخرى: إنّ الاولى تصرف اعتبارى من الموصى نفسه فيما يتعلّق بما بعد وفاته، مستتبع لتحقق النتيجه قهراً بالموت. فى حين إن الثانيه عهد إلى الغير بأن يتولى بعد موته فعلًا خارجياً من تجهيز أو زياره أو إطعام و نحوهما، أو اعتبارياً من تمليك أو عتق أو إيقاف أو نحوها.

(٢) لا يخفى أن ما ذكره (قدس سره) لا يتضمن الفرق بين الوصيتين التمليكيه و العهديه، بل لا يخلو من الإجمال من حيث كون ما ذكره (قدس سره) من الأمثله

---

(١) سوره النساء ۴: ١٢.

(٢) سوره البقره ٢: ١٨٠.

أو تسليط على حق (١) أو فكّ ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو عهد متعلق بنفسه كالوصيّه بما يتعلق بتجهيزه. و تنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

[مسأله ١: الوصيّه العهديّه لا تحتاج إلى القبول]

[٣٨٩٩] مسأله ١: الوصيّه العهديّه لا تحتاج إلى القبول (٢). و كذا الوصيّه بالفك، كالعتق (٣).

غير الأوّلين و غير ما ذكره أخيراً من العهد المتعلق بنفسه أو بغيره من القسم الأوّل أو الثانى.

نعم، يظهر من قوله (قدس سره) فى المسأله الاولى من أن: الوصيّه العهديه لا تحتاج إلى القبول و كذا

الوصيّه بالفك كالعتق، أنها من الوصيّه التمليكيه، إذ لو كانت عهديه لما كان هناك حاجه إلى قوله (قدس سره): و كذا.

(١) فى العباره مسامحه واضحه، فإن التسليط لا يتعلّق بالحق و إنما يتعلّق بالتصرف، إذ الحق هو السلطنه بعينها. فالأنسب تبديل العباره بالقول: أو تسليط على التصرف.

(٢) و هو إنما يتمّ على إطلاقه بالنسبه إلى الموصى إليه الوصى فإنّه لا يعتبر قبوله، بلا خلاف فيه بين الأصحاب. نعم، له الردّ ما دام الموصى حيّاً بشرط إبلاغه بذلك، و إلّا فلا أثر لردّه أيضاً.

دون الموصى له، فإنه و بالنسبه إليه لا بدّ من ملاحظه متعلق الفعل الذى تعلقت به الوصيّه. فإن كان مما يحتاج إلى القبول كالبيع و الإجاره و نحوهما اعتبر قبوله جزماً و إلّا كالوقف و العتق و نحوهما فالأمر كما ذكره (قدس سره) من عدم الحاجه إلى القبول.

و كأن نظره (قدس سره) فى نفى الحاجه إلى القبول فى الوصيّه العهديه إلى الموصى إليه خاصه.

(٣) بلا خلاف فيه و فى الإبراء، فإنّهما من الإيقاع غير المحتاج إلى القبول إذا وقعا حال الحياه منجزين، فيكونان كذلك إذا وقعا معلقين على الموت على وجه الوصيّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۹۶

و أمّا التمليكيه فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، و عليه تكون من العقود (١).

---

(١) كما ادعى عليه الإجماع فى بعض الكلمات، و يشهد له ذكر الفقهاء (قدس سرهم) لها فى أبواب العقود.

و كيف كان، فالقائلون به على مذهبين:

الأوّل: ما اختاره الشيخ الأعظم (قدس سره) من كونه جزءاً ناقلًا «۱».

الثاني: كونه جزءاً كاشفاً.

و استدل الشيخ الأعظم (قدس سره) على مختاره بوجوه، عمدتها عدم الإطلاق فى أدله الوصيّه كى يستكشف منه عدم الحاجه إلى القبول، و

الأصل عدم انتقال المال إلى الموصى له قبل القبول.

و لا يخفى عدم تماميه كلا هٰذين المذهبين، و المناقشه فيهما تكون من ناحيتين: الثبوت، و الإثبات.

أمّا الأُولى: فالظاهر أنه لا مجال للالتزام بكون الوصيّه من العقود.

و الوجه فيه ما تقدّم مراراً من أن العقد إنما هو عباره عن ضم التزام بالتزام و ربط أحدهما بالآخر، كما هو الحال فى عقد حبل بحبل آخر. و هو غير متحقق فى المقام، إذ لا يبقى التزام للموصى بعد وفاته كى ينضم إليه التزام الموصى له، فإن الميت لا التزام له.

و من هنا فلو اعتبر القبول، فلا بدّ من جعله شرطاً كشفاً أو نقلًا لا محاله لاستحاله القول بكون الوصيّه عقداً.

و أمّا الثانيه: فبناءً على النقل كما اختاره (قدس سره)، لا تشمله أدلّه الوفاء بالعقد.

---

(١) الوصايا و المواريث للشيخ الأنصارى ٢١: ٢٧ طبع المؤتمر العالمى.

....

و ذلك فلأن الذى أنشأه الموصى، أعنى الملكيه بعد الموت، لم يمض من قبل الشارع. و ما يدعى إمضاؤه له، أعنى الملكيه بعد القبول، لم ينشئه الموصى. فيكون من قبيل ما وقع لم يقصد، و ما قصد لم يقع.

و دعوى أن الاختلاف و التفاوت بين المنشأ و الممضى واقع فى موارد من الأبواب الفقهيه، نظير الهبه حيث أن المنشأ فيها هو التمليك الفعلى، فى حين أنّ الإمضاء متعلق بالتمليك بعد القبض.

مدفوعه بأنّ ذلك و إن كان ممكناً فى نفسه إلّا أنه يحتاج إلى دليل خاص، لعدم شمول الأمر بالوفاء له، لما عرفت من أن المنشأ لم يمضه الشارع و ما يدعى إمضاؤه له لم ينشأ، و هو مفقود.

فما أفاده (قدس سره) لا يمكن الالتزام به ثبوتاً و إثباتاً.

و توهّم أن

تـأخره عن القبول لاـ ينـافى شـمول أدله الوفاء بالعقـد له، لأنه موجود فى جميع المعاملات حيث يكون هناك فاصل زمانى و لو كان قليلًا جدّاً بين الإيجاب و القبول لا محاله، من غير أن يقال أن ما أنشأه المنشـئ لم يتعلق به الإمضاء، و ما تعلق به الإمضاء لم ينشأ. و حيث إن الوصيّه كسائر العقود، و إن كان زمان الفصل فيها أطول، كان حكمها حكم غيرها فى شمول أدله الوفاء بالعقد لها.

مـدفوع بأنّ المنشأ فى سائر العقود كالبيع مثلًا ليس هو الملكيه فى زمان الإنشاء، و إنما هو الملكيه على تقـدير القبول، فإنه مبادله مال بمال و معامله بينهما بالتراضى، فلا ينشئ البائع الملكيه للمشترى سواء أقبل أم لم يقبل. بخلاف الوصيّه حيث إن المنشأ مقيد بالزمان أعنى زمان الموت و هو لم يتعلق به الإمضاء، على ما اختاره الشـيخ الأعظم (قدس سـره) من أن القبول ناقل لا كاشف، و ما تعلق به لم ينشأ.

فالفرق بين الوصيّه و غيرها ظاهر.

هـذا بنـاءً على القول بالنقـل. و أمـا بناءً على الكشف بأن يحكم بالقبول بالملكيه من حين الموت، فهو لو فرضـنا إمكانه و سـلمنا صدق العقد عليه، مخالف لما هو المعهود فى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۹۸

أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من الإيقاعات (۱). و يحتمل قوياً

العقود و المرتكز فى الأذهـان من تـأخر الأـثر عن القبول بنـاءً على اعتبـاره، ففرض تحقّق العقـد و كون الأـثر قبله، ممـا لا يمكن المساعده عليه.

(۱) و يرد عليه:

أمّا بناءً على النقل فمضافاً إلى عدم الدليل عليه أنه مخالف لأدله الوفاء بالعقد كما تقدّم، فإن المنشأ إنما هو الملكيه بعد الموت، فالالتزام بالملكيه بعد القبول و

لو على نحو الشرطيه مخالف لدليل الإمضاء.

و أمّا بناءً على الكشف فهو و إن كان ممكناً و لم يكن ينافيه دليل الإمضاء، فإن الإنشاء متعلق بالملكيه بعد الموت و بالقبول يحكم بها، فيكون من الشرط المتأخر لا محاله، إلّا أنه يحتاج إلى الدليل فى مقام الإثبات.

و قد استدلّ عليه فى بعض الكلمات بأصاله عدم الانتقال إلى الموصى له بغير القبول. و هذا الأصل لو تمّ فلا بدّ من الالتزام بشرطيه القبول، إلّا أنه مدفوع بإطلاقات أدله الوصيّه و إن ناقش فيها شيخنا الأعظم (قدس سره) الداله على نفوذ الوصيّه من غير تقييد بالقبول، مثل قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ. فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ. فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ» «۱».

فإنها و إن كان موردها خصوص الوصيّه إلى الوالدين و الأقربين، إلّا أن مقتضى استدلالهم (عليهم السلام) بها فى جمله من النصوص على نفوذ وصيّه الموصى على الإطلاق، هو عدم اختصاصها بموردها، و إطلاق الحكم لجميع موارد الوصيّه.

بل و يمكن استفاده إطلاقها من الاستثناء، نظراً إلى أن الوصيّه للوالدين و الأقربين بالمعروف لا يكون فيها جنف إطلاقاً.

---

(۱) سوره البقره ۲: ۱۸۰ ۱۸۲.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۲۹۹

....

إذن فالمستفاد من هذه الآيه الكريمه و غيرها و النصوص الوارده فى المقام، أن الوصيّه نافذه و لازمه على الإطلاق و من غير اعتبار لقبول الموصى له، حيث لم يذكر ذلك فى شى ء من الآيات و الروايات، و معه فلا تصل النوبه إلى الأصل.

ثمّ إنه

ربّما يستدلّ على اعتبار القبول بما دلّ على سلطنه الناس على أنفسهم، حيث إن دخول شی ء فی ملكه قهراً و بغير اختياره ينافی هذه السلطنه، و ثبوت مثله فی الإرث و الوقف إنما كان بدليل خاص، فلا مجال للتعدی عنه.

إلّا أنه مدفوع أن هذه الجمله و إن وردت فی كلمات الفقهاء، إلّا أنها لم تذكر فی شی ء من النصوص، و لم يدلّ عليها دليل.

اللّهمّ إلّا أن يتمسک لها بقوله تعالى «قَالَ رَبِّ إِنِّی لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِی وَ أَخِی» «۱».

إلّا أن الاستدلال بها يعتبر من الغرائب، فإنّها فی مقام بيان قدره موسى (عليه السلام) على تنفيذ أمر اللّه تبارک و تعالى، و أنه لا قدره له إلّا على نفسه و أخيه دون سائر بنی إسرائيل، و أين هذا من محلّ كلامنا؟! فالآيه أجنبيه عن السلطنه على النفس، و لا يصحّ الاستدلال بها.

على أنا لو فرضنا ورود هذه الجمله فی نص معتبر، فهی لا تدلّ على اعتبار القبول كما هو المدعى، إذ يكفی فی السلطنه قدرته على الرد، فإنه حينئذ لا تكون الملكيه ملكيه قهريه، و لا تنافی سلطنته على نفسه.

نعم، لو قيل بثبوت الملكيه المستقره غير القابله للزوال بالرد، كان هذا القول منافياً لقاعده السلطنه بناءً على ثبوتها، إلّا أنها لا قائل بها و لم يذهب إليها أحد، فإن القائل بعدم اعتبار القبول يرى اعتبار عدم الرد فی حصول الملكيه لا محاله.

ثمّ إن من غرائب ما ورد فی المقام ما استدل به بعضهم على اعتبار القبول، بأن اعتبار عدم الرد فی ملكيه الموصى له للموصى به، ملازم و مساوق لاعتبار القبول. و ذلک لأنه لو لم يكن الأمر كذلک، و كان الموصى له يملک الموصى

به بمجرد الموت، لم يمكنه بالرد إرجاعه إلى ملك الميت ثانياً، لعدم ثبوت ولايه له تقتضى ذلك.

---

(١) سوره المائده ۵: ٢۵.

عدم اعتبار القبول فيها [١]، بل يكون الردّ مانعاً (١) و عليه تكون من الإيقاع الصريح.

و دعوى أنه يستلزم الملك القهرى، و هو باطل فى غير مثل الإرث. مدفوعه بأنه لا مانع منه عقلًا، و مقتضى عمومات الوصيّه ذلك، مع أن الملك القهرى موجود فى مثل الوقف.

فإنه مندفع بأن الملكيه المدعاه فى المقام إنما هى الملكيه المتزلزله على ما ذكره الشيخ (قدس سره) و نسب إلى العلامه فى التذكره «١» و هى ليس معناها إلّا ذلك، أعنى ملكيه الموصى له ما لم يرد، فإذا رد كان المال للميت، من دون حاجه إلى الولايه و ما شابهها.

على أن الذى يقول بمانعيه الرد يلتزم بكشفه عن عدم الملك من الأوّل، لا رجوع المال إلى ملك الميت بعد ما كان قد انتقل منه إلى الموصى له.

و يظهر ثمره القولين فى منافع الموصى به. فإنها على الأوّل للموصى له، حيث إن العين كانت مملوكه له فيتبعها ثمارها فى الملكيه، فإذا انتقلت هى عن ملكيته إلى ملكيه الميت ثانياً بقيت منافعها على ملكه لا- محاله. و على الثانى تكون للميت، لأنه و برد الموصى له للوصيّه ينكشف و يظهر بطلانها، و على هذا الأساس تبقى العين هى و منافعها على ملك الموصى كما كانت.

إذن فالمتحصل مما تقدّم أنه لا- دليل على اعتبار القبول فى نفوذ الوصيّه، بل مقتضى إطلاقات الآيات الكريمه و النصوص الوارده فى المقام هو نفوذها، و ملكيه الموصى له للموصى به من دون حاجه إلى القبول.

(١) بمعنى كشف الردّ عن بطلان

الوصيّه و عدم ملكيه الموصى له للموصى به، كما ادعى عليه الإجماع، و هو غير بعيد. و ما اختاره (قدس سره) هو الصحيح.

---

[۱] هذا الاحتمال هو الصحيح، بل لا دليل على كون الرد مانعاً سوى ظهور التسالم عليه فإن تمّ إجماع، و إلّا فلا وجه له أيضاً.

---

(۱) انظر تذكره الفقهاء ۲: ۴۵۳ و ۴۵۴.

[مسأله ۲: بناءً على اعتبار القبول فی الوصیّه، یصحّ إیقاعه بعد وفاه الموصی]

[۳۹۰۰] مسأله ۲: بناءً على اعتبار القبول فی الوصیّه، یصحّ إیقاعه بعد وفاه الموصی بلا إشكال (۱) و قبل وفاته على الأقوى (۲).

و لا وجه لما عن جماعه من عـدم صـحته حال الحياه، لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصـيّه، فلا محل له، و لأنه كاشف أو ناقل، و هما معاً منتفيان حال الحياه. إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل

و يؤكِّده ما ورد فی موت الموصى له قبل بلوغه خبر الوصيّه من دفع الموصى به لورثته، فإنه و إن أمكن أن يكون حكماً تعبّدياً، إلّا أن الظاهر منها أن الـدفع إليهم إنما هو باعتبار ملكهم له و كونهم ورثته، فيكون مؤكـداً لعـدم الحاجه إلى القبول فی حصول الملك.

(۱) و به تلزم الوصيّه لإطلاقات أدلّتها، و لو التزمنا بتقييدها بالقبول من الموصى له، فإنّ القبول بعد الموت هو المتيقن كفايته فی تحقق الملكيه.

(۲) و هو المشهور و المعروف بينهم، و يدلّنا عليه أمران:

الأوّل: إطلاقـات أدله نفوذ الوصـيّه. فإن مقتضاها و كما عرفت نفوذ الوصـيّه مطلقاً و من غير اعتبار القبول، غايه الأمر أننا خرجنا عنهـا للأصـل أو الملازمه أو قاعـده السـلطنه و اعتبرنـا فی نفوذهـا القبول، إلّا أن هـذا لا يقتضـى إلّا اعتبار طبيعى القبول، و أما خصوصيّه

كونه بعد الموت فهى تحتاج إلى الدليل و هو مفقود. و حينئذ فالمتبع هو الإطلاق.

الثانى: إطلاقات و عمومات أدله نفوذ العقود. فإننا و إن ناقشنا فى جزئيه القبول بعد الوفاه و تحقّق العقد به، إلّا أنه لا إشكال فى تحقّقه به إذا كان فى حياه الموصى و ذلك لانضمام التزامه بالتزامه، كما لا يخفى. و حينئذ فلا يبقى مانع من شمول أدلّه نفوذ العقد له، حتى و لو فرضنا عدم وجود دليل على نفوذ الوصيّه بالخصوص.

نعم، قد يرد عليه أنه موجب للتعليق، و هو يضرّ بصحّه العقد.

إلّا أنه مدفوع بأنه لا دليل على اعتبار التنجيز إلّا الإجماع، و من الواضح البديهى أنه لا يشمل الوصيّه، لتقومها بالتعليق.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۰۲

فيمكن القبول المطابق له (۱). و الكشف و النقل إنما يكونان بعد تحقّق المعلق عليه فهما فى القبول بعد الموت لا مطلقاً (۲).

---

(۱) و بعباره أُخرى نقول: إن الإنشاء على جميع المبانى فيه فعلى و غير معلق على شى ء، و إنما التعليق فى متعلقه أعنى الملكيه فإنه المعلق على الوفاه.

و عليه فإذا تعلق به القبول كان معلقاً عليها لا محاله، فما تعلق به إنشاء الموجب تعلق به قبول القابل أيضاً، من دون أى اختلاف بينهما.

و على هذا الأساس ذكرنا فى مبحث اعتبار التنجيز، أنه لولا الإجماع على اعتباره لقلنا بجواز التعليق فى العقود مطلقاً، و حيث عرفت أن هذا الإجماع لا يشمل المقام فلا يبقى محذور فى الحكم بصحتها.

(۲) ثمّ إن هناك إشكالًا آخر لم يتعرض إليه الماتن (قدس سره)، و هو ما ذكره بعضهم من أنه لا خلاف بين الأصحاب فى عدم تأثير الرد قبل الموت، نظراً لعدم تحقق شى ء يكون الرد

رافعاً له، حيث إن الملكيه إنما تكون بعد الموت لا قبله. و إذا كان الرد غير مؤثر كان القبول كذلك، للملازمه بين تأثيرهما.

و فيه: أن معنى تأثير الرد فى حياه الموصى. إنما هو عدم إيجابه لإلغاء إنشاء الموصى و إسقاطه، بحيث لا يكون قابلًا للقبول بعده، و هو ثابت فى القبول أيضاً، فإنه لا يلزم العقد بحيث لا يكون له الرد بعده مع حياه الموصى. فالملازمه بينهما بهذا المعنى ثابته و لا تقبل الإنكار، إلّا أنها لا تنفع فى إثبات المدعى، إذ لا ملازمه بين عدم تأثير الرد بالمعنى الذى ذكرناه و عدم كفايه القبول و إن استمر إلى حين الموت، فهى محض دعوى و لا دليل عليها.

بل إن ما ذكرناه هو مقتضى الجمع بين الأدله، و ذلك لما عرفت من أن أدله نفوذ الوصيّه غير مقيده بشى ء. و إنما التزمنا باعتبار القبول على القول به للأصل أو الملازمه أو قاعده السلطنه، و بمانعيه الرد للإجماع، و إلّا لقلنا بكونها من الإيقاعات المحضه، من غير اعتبار القبول أو مانعيه الرد.

و عليه فأما بالنسبه إلى مانعيه الرد، فالذى ثبت بالإجماع هو مانعيه خصوص

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۰۳

[مسأله ۳: تتضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت]

[۳۹۰۱] مسأله ۳: تتضيق الواجبات الموسعه بظهور أمارات الموت (۱) مثل

الرد بعد الموت، و أما الرد فى حياته فالمشهور على عدم مانعيته، بل قيل إنه لا خلاف فيه. و من هنا فلا يكون مثل هذا الرد مانعاً عن الإيجاب و موجباً لإلغائه.

و أما بالنسبه إلى القبول، فلأنا لو سلمنا اعتباره فدليله لا يقتضى إلّا اعتبار القبول فى الجمله، و أما اعتبار كونه بعد الموت فلا دليل عليه.

ثمّ إن الملازمه بالمعنى الذى ذكرناه، أعنى إذا كان الرد

غير مبطل للإيجاب فالقبول غير ملزم للعقـد، إنما تختص بالمقام باعتبار أن الملكيه غير حاصـله و العقد جائز، و لا تثبت فى غيره كموارد العقـد الفضولى. إذ قـد عرفت فى محله أن رد من بيـده الأمر للعقد لا يمنع من لحوق القبول، فى حين إن إجازته موجبه للزوم العقد و نفوذه.

بل الحكم كـذلك فى سائر العقود. فلو تحقق الإيجاب من البائع، و رده المشترى ثم قبله قبل فوات الموالاه، صـحّ البيع. و هكـذا الحال فى غير البيع من العقود.

ثمّ إن الاسـتدلال بالملازمه إنما هو مبنى على ما ذهب إليه المشهور، من عدم تأثير الرد فى حال حياه الموصى، فلا يتم بناءً على ما سـيجى ء من الماتن (قـدس سـره) فى المسأله الرابعه من مانعيه الردّ حال الحياه كما نعيته بعـده، لأن مقتضاه كون القبول نافذاً أيضاً.

إلّا أن الصحيح على ما سيأتى هو ما ذهب إليه المشهور.

(۱) مقتضـى ما سـيأتى من الـدليل على هـذا الحكم، عدم اختصاصه بفرض ظهور أمارات الموت، أو حصـول الظن به، بل يكفى فيه مجرد احتماله. فما ذكره (قدس سره) لا خصوصيّه فيه، و لا دليل على حجيته بالخصوص.

نعم، قد يستدل له بالإجماع القولى و العملى على جواز التأخير، مع عدم الظن بالضيق.

إلّا أنه مـدفوع بأن الإجماع القولى لم يثبت جزماً، و كـذلك الإجماع العملى، إذ لم يثبت لـدينا تأخير الصالحين من المتشـرعه و الذين يهمّهم أمر دينهم لأعمالهم حتى مع احتمالهم للفوت.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۰۴

قضاء الصلوات، و الصيام، و النذور المطلقه، و الكفارات، و نحوها. فيجب (۱) المبادره إلى إتيانها مع الإمكان. و مع عدمه يجب الوصيّه بها، سواء فات لعذر أو لا لعذر، لوجوب تفريغ الذمّه بما أمكن

فی حال الحیاه، و إن لم یجز فیها النیابه فبعد الموت تجری فیها، و یجب التفریغ بها بالإیصاء.

و کـذا یجب ردّ أعیان أموال الناس التی کانت عنده (۲) کالودیعه و العاریه و مال المضاربه و نحوها، و مع عـدم الإمکان یجب الوصیّه بها.

---

(۱) لحکم العقل بوجوب تفریغ الذمّه یقیناً بعد اشتغالها کذلک. أما مباشره مع التمکّن، أو بالنیابه فی موارد جوازها، أو الوصیّه فیمـا إذا لم یتمکّن من التفریغ حـال الحیـاه. فـإنّ العقـل بعـد الالتفـات إلی احتمـال طرو ما یمنع من امتثال أمر المولی الثابت فی الذمّه، من موت أو نوم مستغرق للوقت أو غیرهما، لا یحکم بالتخییر بالنسبه إلی الأفراد الطولیه للواجب، و حینئذ فیلزم المکلف الإتیان به فوراً، حیث لا عذر له فی التأخیر.

و الحاصـل أنه إذا تیقّن المکلف أو اطمـأن بتمکنه من امتثـال الأـمر فی الأفراد الطولیه المتأخره، أو قام الـدلیل علی جواز التأخیر فهو، و إلّا فمجرّد احتمـال العجز عنه یکفی فی لزوم الإتیـان به فوراً، تحصـیلًا للفراغ الیقینی. فإنّ حکـم العقل بالتخییر بین الأفراد الطولیه و جواز التأخیر و اختیار الفرد المتأخر، یختص بما إذا أحرز التمکن من ذلک لیکون محرزاً للتمکن من تفریغ الذمّه یقیناً، و مع عدم الإحراز المزبور و احتمال طرو المانع، تسقط تلک الأفراد عن الطرفیه، للتخییر العقلی المذکور.

(۲) ما أفاده (قدس سره) لا یمکن المساعده علی إطلاقه، و ذلک لأن عنوان الأمانه إنما یقتضـی لزوم حفظها. و علیه فإذا کانت العین محفوظه علی التقـدیرین حیـاته و موته و علم الأـمین بعـدم خیـانه ورثته و أدائهم للأمانـات إلی أربابهـا، فلاـ وجه للالـتزام بوجوب الرد.

نعم، یتمّ ما ذکره (قدس سره) فی عکسه، أی فیما إذا لم یعلم

بعدم خيانه ورثته ففى مثله يلزمه الإيصال إلى المال، لاقتضاء لزوم حفظ الأمانه ذلك، بلا فرق بين الأمانه

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۰۵

و كذا يجب أداء ديون الناس الحالّه (۱). و مع عدم الإمكان، أو مع كونها مؤجله، يجب الوصيّه بها (۲) إلّا إذا كانت معلومه، أو موثقه بالإسناد المعتبره.

و كذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصيّه بها.

و لا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه أو لا، إذا احتمل وجود متبرِّع أو أداءها من بيت المال.

[مسأله ۴: ردّ الموصى له للوصيّه مبطل لها]

[۳۹۰۲] مسأله ۴: ردّ الموصى له للوصيّه مبطل لها (۳) إذا كان قبل حصول الملكيه [۱]، و إذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلًا لها.

الشرعيه و الأمانه المالكيه.

(۱) لم يظهر لنا وجه ذلك. فإنه إن كان مطالباً بها من قبل المالك فعلًا وجب عليه أداؤها، سواء أظهرت عنده أمارات الموت أم لم تظهر، كان مطمئناً بالبقاء أم لم يكن لحرمه حبس حق الغير عنه، بل هو من الكبائر، و إلّا فلا وجه لوجوب أدائها.

و ما قيل من أن بقاءها حينئذ عنده و عدم دفعها إلى أربابها، تصرّف فى مال الغير بغير إذنه، أو حبس للحق عن مالكه، و كلاهما حرام بل يعدّان من الكبائر.

مدفوع بأن التصرف يتوقّف على تقليب المال، فلا يشمل البقاء فى الذمّه، فإنه باق على حاله و لا يعدّ تصرّفاً. كما أن البقاء إذا كان مستنداً إلى عدم مطالبه المالك، لم يعتبر حبساً للحق عن مالكه.

بل يمكن دعوى قيام السيره القطعيه عليه، فإنه لا يبادر المديون إلى أدائها ما لم يطالبه المالك، كما هو الحال فى مهور الزوجات.

(۲) لتوقف أدائها فيما بعد

عليها، فتجب من جهه لزوم تفريغ الذمّه.

(۳) على تفصيل ستعرفه فى التعليقات القادمه.

---

[۱] المعروف بينهم أنّ رد الوصيّه حال حياه الموصى لا يبطلها، و هو الصحيح، و قد عرفت حاله بعد الموت و قبل القبول [فى التعليقه المتقدِّمه]، و أمّا الرد فى سائر العقود فالظاهر أنه لا يبطلها، فلو قبل بعده صحّت، بل الأمر كذلك فى العقد الفضولى أيضاً إن لم يقم إجماع على خلافه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۰۶

فعلى هذا إذا كان الردّ منه بعد الموت و قبل القبول، أو بعد القبول الواقع حال حياه الموصى مع كون الردّ أيضاً كذلك، يكون مبطلًا لها (۱) لعدم حصول الملكيه بعد.

و إذا كان بعد الموت و بعد القبول لا يكون مبطلًا، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، و سواء كان قبل القبض أو بعده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض فى صحتها، لعدم الدليل على اعتباره (۲) و ذلك لحصول الملكيه حينئذ له، فلا تزول بالرد. و لا دليل على كون الوصيّه جائزه بعد تماميتها بالنسبه إلى الموصى له، كما أنها جائزه بالنسبه إلى الموصى، حيث إنه يجوز له الرجوع فى وصيّته، كما سيأتى.

و ظاهر كلمات العلماء حيث حكموا ببطلانها بالردّ عدم صحّه القبول بعده، لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى. كما أن الأمر كذلك فى سائر العقود

---

(۱) و هو إنّما يتمّ بالنسبه إلى الصوره الأُولى خاصه حيث إن الإجماع بقسميه قائم على مانعيّته، دون الصوره الثانيه حيث لا إجماع على مانعيته فيها، بل الشهره التى تكاد تبلغ الإجماع إذ لم ينسب الخلاف إلّا إلى شاذ على عدمها، و حينئذ فمقتضى إطلاقات أدله نفوذ الوصيّه صحتها فى هذه الصوره.

(۲) و مقتضى

إطلاقات أدلّه نفوذها صحّتها، سواء أقبض الموصى له للموصى به أم لم يقبض، فإنها تامّه و سالمه عن المعارض.

و لو تنزلنا و وافقنا الشيخ الأعظم (قدس سره) فى عدم تماميه الإطلاق بالنسبه إلى اعتبار القبول، و قلنا بجريان استصحاب عدم الملكيه قبله، فلا نسلم به فى غيره كالقبض، فإن الإطلاقات بالنسبه إليه تامه و محكمه. و من هنا فلا مجال للتمسك بالأصل.

و أمّا قياس الوصيّه بالهبه و الوقف، حيث يعتبر فى صحّتهما القبض مع أنهما تنجيزيان و الوصيّه تعليقيه، فقياس مع الفارق، فإنها إيقاع محض، و لا موجب لرفع اليد عن إطلاقاتها من غير مقيد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۰۷

حيث إن الردّ بعد الإيجاب يبطله و إن رجع و قبل بلا تأخير. و كما فى إجازه الفضولى، حيث إنها لا تصحّ بعد الردّ. لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصى باقياً على إيجابه. بل فى سائر العقود أيضاً مشكل (۱) إن لم يكن إجماع، خصوصاً فى الفضولى، حيث إنّ مقتضى بعض الأخبار صحّتها و لو بعد الردّ. و دعوى عدم صدق المعاهده عرفاً إذا كان القبول بعد الردّ، ممنوعه.

---

(۱) ما ذكره (قدس سره) و إن كان صحيحاً بالنسبه إلى سائر العقود، لما تقدّم من عدم الدليل على إبطال ردّ الطرف الثانى لإيجاب الطرف الأوّل، بل يصدق العقد و المعاهده عليه فيما إذا كان الموجب باقياً على التزامه، و حينئذ فلا مانع من التمسك بإطلاقات و عمومات أدلّه الصحّه و النفوذ.

و كذلك الحال فى العقد الفضولى، حيث إن الرد فيه لا يكون مانعاً من الإجازه بعده، بل ربّما يستفاد ذلك من صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «قضى فى وليده

باعها ابن سيدها و أبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتی باعها ابنی بغير إذنی، فقال: خذ وليدتک و ابنها، فناشده المشتری، فقال: خذ ابنه يعنی الذی باع الوليده حتی ينفذ لک ما باعک، فلما أخذ البيع الابن قال أبوه: أرسل ابنی، فقال: لا أُرسل ابنک حتی ترسل ابنی، فلما رأی ذلک سيد الوليده الأوّل أجاز بيع ابنه» «۱».

إلّا أن قياس الوصيّه عليها قياس مع الفارق، لأن أدلتها ظاهره فی كونها إيقاعاً كما عرفت، و عليه فلا حاجه إلی القبول و لا أثر للرد بل بها يحصل الملک القهری، و لذا ورد فی الأخبار أنه لو مات قبل بلوغه الخبر دفع الموصی به إلی ورثته، و إنما خرجنا عن ذلک فی خصوص الرد للإجماع علی مانعيته بعد الموت.

و من هنا فإن لم يتمّ هذا الإجماع فعدم مانعيه الرد واضح، و إلّا كما هو الصحيح-

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۸۸ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۰۸

ثمّ إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياه صحّ. و هو أيضاً مشكل (۱) علی ما ذكروه من كونه مبطلًا للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان فی حال الحياه أو بعد الموت. إلّا إذا قلنا: إن الردّ و القبول لا أثر لهما حال الحياه و إن محلّهما إنما هو بعد الموت، و هو محل منع (۲).

فلا وجه للحكم بصحّه الوصيّه بعد القبول، بل يتعين الحكم ببطلانها، نظراً لارتفاع التزام الموصی عند القبول، فإن الميت لا التزام له.

و بعباره اخری: إن الموصی إنما أنشأ الملكيه بعد الموت

و التزم به إلى حين وفاته و أمّا بعد وفاته فلا التزام له لعدم قابليه الميت له. و حينئذ فإن التزمنا بثبوت الملكيه قهراً، سواء أقبل الموصى له أم لم يقبل لإطلاقات الأدله فلا أثر للردّ أصلًا. و إن خرجنا عنها و قلنا باعتبار عدم الردّ للإجماع، فالردّ يبطل ذلک الالتزام، و حين القبول يحتاج إلى التزام جديد، و هو ممتنع نظراً لموته.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، موسوعه الإمام الخوئى، ٣٣ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ١٤١٨ ه ق

فالصحيح فى المقام هو التفصيل بين الوصيّه و غيرها. ففى غيرها يحكم بصحته مع بقاء الموجب على التزامه، و بطلانه مع عدمه. و فيها بالبطلان، بناءً على القول بمانعيه الرد، كما هو الصحيح.

(١) لا وجه للاستشكال فيه، بعد ما عرفت من أن مقتضى إطلاقات أدلّه الوصيّه نفوذها مطلقاً، من دون اعتبار للقبول أو تأثير الرد، و إنما خرجنا عنها فى خصوص الرد المتأخر عن الوفاه للإجماع. و حيث لا دليل على مانعيه الرد حال الحياه، إذ لا إجماع عليها بل الشهره على خلافها، فلا مانع من التمسک بإطلاقات أدله نفوذ الوصيّه، و مقتضاها الحكم بصحتها.

و لا يقاس ما نحن فيه بغيره من العقود، فإنها مؤلفه من الإيجاب و القبول، فيمكن أن يقال و إن لم نرتضه-: إن الردّ يقطع اتصال القبول بالإيجاب و يمنع منه. و أما ما نحن فيه فقد عرفت أنه إيقاع و لا يحتاج إلى القبول، فلا وجه للقول بمنع الرد للاتصال بينهما.

(٢) فى القبول خاصه على ما تقدّم بيانه فى المسأله الثانيه دون الرد، حيث قد

[مسأله ۵: لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد]

[۳۹۰۳] مسأله ۵: لو أوصـى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صحّ فيما قبل، و بطل فيما ردّ (۱). و كذا لو أوصـى له بشـى ء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً و ردّ بعضه الآخر. و إن لم نقل بصحّه مثل ذلك فى البيع و نحوه. بدعوى عـدم التطابق حينئـذ بين الإيجاب و القبول، لأن مقتضـى القاعده الصـحّه فى البيع أيضاً إن لم يكن إجماع. و دعوى عدم التطابق ممنوعه.

عرفت فيما تقدّم اختصاص دليل المانعيه أعنى الإجماع بالرد المتأخر عن الوفاه و أما ما يكون فى حياه الموصـى فلا أثر له، لعدم الدليل عليه.

(۱) الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامين:

الأوّل: فى غير الوصيّه من العقود.

الثانى: فى الوصيّه.

أما المقام الأوّل: فقد ذكر الأصـحاب أنّ الحكم فيه البطلان، لاعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، و إلّا لم يحصل معنى العقد و لم يتحقق مفهومه، فإنه و كما عرفت عباره عن ضم التزام بالتزام و ربط تعهد بتعهد.

إلّا أنه إنما يتم فيما لو لوحظ الاثنان بما هما واحد، كمصـراعى الباب و الحذاء و الجورب مما لهما وحده عرفيه، حيث يكون بيع كل منهما مشـروطاً بقبول المشترى لبيع الآخر. فإذا قبل المشترى شراء أحدهما دون الآخر حكم ببطلانه، لأن ما أنشأه البائع أعنى البيع المشروط لم يقبله المشترى، و ما قبله المشترى أعنى البيع غير المشروط لم ينشئه البائع. فلم يرد الالتزامان على شى ء واحد، و لم يتحقق انضمام أحدهما إلى الآخر، و هذا هو معنى عدم التطابق بين الإيجاب و القبول.

و أمّا إذا لم يكونا كذلك، بأن كان المقصود تمليك كل منهما مستقلا و بثمن معين، إلّا أنه قد جمع بينهما فى مقام

الإبراز خاصه، فلا مانع من الحكم بصحّه ما قبله، و ذلک لصدق المعاقده و المعاهده علیه إذ المفروض عدم ارتباط أحدهما بالآخر، فإنهما بیعان مستقلّان من غیر اشتراط أحدهما بقبول الآخر. و من هنا فقبول کلّ منهما یکون مطابقاً لإیجابه لا محاله، و به یتحقّق مفهوم العقد، فتشمله أدلّه الصحّه.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۱۰

نعم، لو علم من حال الموصی إرادته تملیک المجموع من حیث المجموع، لم یصحّ التبعیض [۱] (۱).

و الحاصل أن العبره فی صحّه العقد فی المقام إنما هو بالتطابق بین الإیجاب و القبول فإذا تحقق حکم بصحته و إن بطل الآخر، لعدم الارتباط بینهما، و إلّا فیحکم ببطلانه.

و أمّا المقام الثانی: فإن کانت الوصیّه من قبیل القسم الثانی من العقود، بأن کان مقصود الموصی تملیک الموصی له کلّاً من الأمرین مستقلا و من غیر تقیید بالآخر و إنما جمع بینهما فی الإبراز خاصّه، فلا ینبغی الإشکال فی صحّتها بالنسبه إلی ما قبله بناءً علی اعتبار القبول، أو ما لم یرده بناءً علی ما اخترناه، و بطلانها بالنسبه إلی ما ردّه، نظراً لکونها فی حکم الوصیتین.

و إن کانت من قبیل القسم الأوّل، بأن کان تملیک کل منهما بشرط قبول الموصی له للآخر بوصف المعیه، فالظاهر هو الحکم بصحّه ما قبله أیضاً.

و لا تقاس الوصیّه بالبیع و غیره من العقود حیث یعتبر فیه التطابق بین الإیجاب و القبول، فإنّها لیست من العقود، سواء اعتبرنا القبول أم لم نعتبره. أما علی الثانی فواضح، لأنها إیقاع محض. و أمّا علی الأوّل فلما عرفت من أنه لا معنی لاعتباره إلّا کونه شرطاً، کاشفاً أو ناقلًا و علیه فلیس هو رکناً و طرفاً للعقد، کی یعتبر التطابق

بينه و بين الإيجاب.

نعم، غايه ما يحصل عند ردّ الموصى له بعض الموصى به هو تخلّف الشرط و حينئذ فيثبت للموصى الخيار، و حيث إنه ميت ينتقل إلى ورثته، لأنه حق فيدخل فيما تركه.

و الحاصل أن قياس الوصيّه التى هى من الإيقاع على سائر العقود فى اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول، قياس مع الفارق، و الفرق بينهما واضح.

(١) قد عرفت الحال فيه مما تقدّم. فإنّ المجموع من حيث هو مجموع لا يصحّ

---

[١] بل صحّ فيه أيضاً، فإنّ تمليك المجموع من حيث إنّه مجموع لا محصل له، إلّا أن يكون قبول الوصيّه فى كل جزء أو عدم ردّها على القول بالاعتبار شرطاً فى الوصيّه بالجزء الآخر، و عليه فلا يترتّب على التخلّف إلّا الخيار دون البطلان.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۱۱

[مسأله ۶: لا يجوز للورثه التصرف فى العين الموصى بها]

[۳۹۰۴] مسأله ۶: لا يجوز للورثه التصرف فى العين الموصى بها، قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الردّ (١). و ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجّلًا (٢) إلّا إذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم، فيجبره الحاكم

تمليكه، فإنه أمر انتزاعى لا وجود له فى الخارج، فالمراد به هو تمليك أحدهما بشرط معيّته للآخر. و مقتضى تخلفه برد الموصى له لأحدهما، هو ثبوت الخيار للموصى، لا بطلان الوصيّه من رأس.

(١) لعدم كونها ملكاً لهم بالفعل، فإنها بعد موت الموصى إما ملك للموصى له و إما ملك للموصى. فإنها ملك للموصى له على تقدير عدم الرد أو القبول بناءً على الكشف، و ملك للميت على تقدير الرد أو القبول بناءً على النقل.

و كيف كان، فليس للورثه التصرف فيها. أما على التقدير الأوّل واضح. و أما على التقدير الثانى فلتأخر الإرث

عن الوصيّه، كما دلّت عليه الآيه الكريمه صريحاً.

و من هنا يظهر ما فى القول بجوازه، ظاهراً لاستصحاب عدم القبول المترتب عليه جواز التصرف بناءً على الكشف، أو واقعاً بناءً على كون القبول ناقلًا. فإن المال فعلًا ليس لهم و لم ينتقل إليهم، و إنما هو باقٍ على ملك الميت، لتأخر الإرث عن الوصيّه.

و الحاصل أنه ما لم يتحقق الرد من الموصى له لم ينتقل المال إليهم، و لا يجوز لهم التصرف فيه لا ظاهراً و لا واقعاً. فإن الوصيّه و إن لم تنفذ بعد، لعدم تحقق شرطها و هو القبول أو عدم الرد، إلّا أنه يصدق على المال الموصى به أنه مال وصيّه، فتشمله الآيه المباركه. أما بقاؤه على ملك الميت، فلأنه لما لم ينتقل إلى الموصى له لعدم نفوذ الوصيّه بعد، و لا إلى الورثه لاستثناء مال الوصيّه عن حكم الإرث، و لم يمكن بقاء المال بلا مالك، فلا محيص عن كونه باقياً على ملك الميت، و لا مانع من الالتزام به كما هو الحال فى ملكه للثلث بالوصيّه.

(٢) لعدم كونها ملكاً لهم.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١٢

حينئذ على اختيار أحدهما [١] (١).

[مسأله ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد]

اشاره

[٣٩٠٥] مسأله ٧: إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد، فالمشهور قيام وارثه مقامه فى ذلك (٢). فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيّته، من غير فرق بين كون موته فى حياه الموصى أو بعد موته، و بين علم الموصى بموته و عدمه.

و قيل بالبطلان بموته قبل القبول.

و قيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل و بين غيره فلورثته.

---

(١) و فيه: أنه بعد فرض عدم انتقال المال إليهم لتأخر الإرث عن الوصيّه،

لا يمكن تصور الضرر فى حقهم حتى و لو طالت المده ما طالت.

نعم، بتأخير الرد يفوت عليهم الانتفاع بها، إلّا أنه لا دليل على لزوم إيجاد سبب الانتفاع لهم.

(٢) الكلام فى هذه المسأله يقع فى مقامين:

الأوّل: فى موت الموصى له فى حياه الموصى.

الثانى: فى موته بعد وفاه الموصى.

أمّا المقام الأوّل: فلا ينبغى الشك فى كون مقتضى القاعده فيه البطلان، لأن المنشأ من قبل الموصى إنما هو ملكيه الموصى له بعد موته الموصى و هذا غير قابل للتحقق فى الخارج، نظراً لسقوط الموصى له بموته عن قابليته للملك.

لكن و مع ذلك ذهب المشهور إلى الصحّه و انتقال الوصيّه إلى الورثه.

و استدل عليه بوجوه:

الوجه الأوّل: أن القبول حق للموصى له، فينتقل بموته إلى ورثته.

---

[١] لا وجه له و لو قلنا باعتبار القبول فى صحّه الوصيّه، إذ لا ضرر على الورثه فى التأخير غايه الأمر أنه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١٣

و القول الأوّل و إن كان على خلاف القاعده مطلقاً بناءً على اعتبار القبول فى صحّتها لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له. و كون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع. كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضاً محل منع صغرى و كبرى، لمنع كونه حقاً، و منع كون كل حق منتقلًا إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به، الذى لا يصدق كونه من تركته.

و على ما قوينا من عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الرد مانعا أيضاً، يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صوره موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته فى حياه الموصى.

و يرده ما ذكره الماتن (قدس سره) من منعه صغرى

و كبرى. إذ ليس كـل مـا يجوز للإنسان أن يفعله يعـدّ من الحقوق، بل حال القبول هنا حال سائر الأمور السائغه له و كالقبول فى سائر المعاملات. فإن الحق عباره عن حكم تكليفى محض أو وضـعى محض يتعلق دائماً بفعل الإنسان نفسه قابل للإسقاط، فكل حكم تكليفى أو وضـعى قابـل للإسـقاط فهـو حـق بـالمعنى المصـطلح و كـل حكم كـذلك لا يقبـل الإسـقاط و ليس أمره بيد المكلف فهو حكم بالمعنى الذى يقابل الحق.

بيان ذلك: أن الملكيه التى هى فى قبال الحكم التكليفى قـد تتعلّق بالأعيان الخارجيه، أو فى الـذمّه، و قـد تتعلق بالمنافع، سواء أ كانت من قبيل الأعمال الخارجيه أم كانت قائمه بعين خارجى كسكنى الدار و ركوب الدابه. و لا تتعلق بفعل الإنسان نفسه، فإنه ليس من الملكيه بالمعنى المصطلح، و إن كان منها بمعنى السلطنه.

و أمـا الحقوق فهى تتعلق دائمـاً بفعـل من له الحق نفسه، و قـد يكون من عليه الحق معيّناً كحق الشـفعه و الخيار، و قـد لا يكون كـذلك كحق التحجير، حيث إن من عليه الحق إنما هو جميع البشـر. و لكن على كلا التقديرين، لا يكون الحق إلّا حكماً متعلقاً بفعل نفس من له الحق.

و الفرق بينه و بين سـائر الأحكـام، أن من له الحق له إسـقاطه إذا شـاء، و هو بخلاـف سـائر الأحكام، و إلّا فليس هناك أى فرق بينهما.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣١۴

لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصـحّه كما هو المشهور، و ذلك لصحيحه محمّد بن قيس الصريحه فى ذلك، حتى فى صوره موته فى حياه الموصى، المؤيّده

و الذى يدلنا على ذلك أنا لا نرى أى فرق بين جواز قتل القاتل عمداً قصاصاً و

جواز قتل الكافر الحربى، و كـذا جواز الفسـخ فى البيع الخيارى و جواز الفسخ فى الهبه لغير الرحم، و مثله اللزوم الحقى كالبيع و اللزوم الحكمى كالنكاح.

فـإنه لاـ فرق بين هـذه الأحكـام من أى جهه من الجهـات كـانت، سوى أن الأـوّل منهـا قابـل للإسـقاط، سواء بالعفو، أو إسـقاط الخيـارات، أو الإقـاله. بخلاـف الثانى حيث إن أمره ليس بيـد المكلف و ليس له إسـقاطه، اتفق مع الطرف الآخر أم لم يتّفق فإنّ النكاح مثلًا لا يرتفع بتواطؤ الزوجين عليه بل لا بدّ من الطلاق، أو سائر الأسباب الموجبه لرفعه.

و الحاصـل أن الحق ليس شـيئاً وراء الحكم الشـرعى التكليفى أو الوضـعى و إنما هو هو بعينه، غايه الأمر أنه متعلق بفعل الإنسان نفسه و قابل للإسقاط من قبله و ليس هو مرتبه ضعيفه من الملكيه.

فإن قلت: إن الحكم الشرعى كيف يمكن انتقاله إلى الورثه بالإرث.

قلت: إن ذلك لا يختص بما ذكرناه بل يجرى على جميع التقادير فى الحق، فإنه بأى معنى كان حتى و لو بمعنى الملكيه يختلف عن سـائر الأـموال فى الإـرث. فـإن الإرث فى غيره إنما يكون فى المال لا فى الملكيه التى هى أمر اعتبارى، إذ الـذى ينتقل إلى الورثه بعـد الـديون و الوصايا إنما هو أموال الميت بما فيها المنافع و الأعمال المملوكه له و التى يعبر عنها فى الاصـطلاح ب «ما ترك» حيث يوجد للورثه ملكيه جديده بعد زوال ملكيه الميت عنها.

و هذا بخلاف الحق، فإنه و بعد أن لم يكن من الأعيان الخارجيه أو المنافع، حيث إنه ليس من الموجودات التكوينيه من الجواهر أو الأعراض، و إنما هو محض اعتبار شرعى أو عقلائى على جميع معانيه، يكون المنتقل إليهم نفس المعتبر

بهذا الاعتبار لا محاله.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ٣٣، ص: ٣١٥

....

و الحاصل أن الحق يغاير غيره فی الإرث. فإن المنتقل إلی الورثه فی غيره إنما هو نفس المال الذی تتعلق به الملكيه، و أما نفس الملكيه فهی لا تقبل الانتقال. فی حين إن المنتقل فيه إنما هو نفس الحق، و المعتبر بالاعتبار الشرعی أو العقلائی.

و مما تقدّم يتضح ما أفاده الماتن (قدس سره) من منع كون قبول الوصيّه حقّا، لأنها ليست إلّا إنشاء لملكيه الموصی له بعد وفاه الموصی، و قبول ذلک علی تقدير القول باعتباره كالقبول فی سائر العقود، بل كسائر الأفعال المباحه كالقيام و الجلوس، محكوم بالجواز الحكمی و لا يكون من الحقوق فی شی ء.

و مع غض النظر عن ذلک، فإن ثبوت الحق إما أن يكون بجعل من الشارع كحق الشفعه و التحجير، و إما أن يكون بجعل من المكلف و إمضاء الشارع له كالخيار فی العقود. و الحق المدعی فی المقام ليس من أحدهما، فإن الذی أنشأه الموصی ليس إلّا الملكيه بعد الموت، و الذی أمضاه الشارع هو الملكيه بعد الموت أيضاً. نعم، اعتبر القبول فی نفوذ الوصيّه بناءً علی القول به، للإجماع. و لا شی ء من ذلک يقتضی كونه حقّا له.

ثمّ إنا إذا تنزلنا و بنينا علی أنه حق للموصی، فإن مثل هذا الحق غير قابل للانتقال إلی الورثه. و كبری قابليه كل حق للانتقال إلی الوارث ممنوعه، فإن منه ما يقوم بذی الحق نفسه، فلا يقبل الانتقال إلی غيره. و القبول من هذا القبيل، فإن الوارث لا يمكنه القبول لنفسه، لأن الموصی لم ينشئ ذلک، و لا يمكنه القبول للموصی له، لأنه غير قابل للملكيه.

الوجه الثانی: ما ذكره بعضهم من أن

مقتضی إطلاقات الوصیّه نفوذها، سواء أ تعقّبها القبول أم لم یتعقّبها، إلّا أننا قد خرجنا عنها بالإجماع علی اعتبار القبول و حیث إن الإجماع دلیل لبی فلا بدّ من الاقتصار فیه علی القدر المتیقّن منه، و هو القبول فی الجمله و الأعم من قبول الموصی له هو و قبول ورثته، فیحکم عند تحقّقها بصحّتها لا محاله.

و فیه: أنه إنما یتم علی تقدیر کون موت الموصی له بعد موت الموصی و قبل قبوله و القول بکون القبول کاشفاً. فیقال حینئذ: إن قبول الوارث کافٍ، لأن الإجماع إنما

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۱۶

....

قام علی اعتبار القبول فی الجمله.

و أما لو کان موته فی حیاه الموصی کما هو مفروض الکلام، فلا معنی لقیام ورثته مقامه، بعد أن لم یکن هو قابلًا للملکیه نتیجه للموت.

و منه یظهر الحال فیما لو کان موته بعد موت الموصی، لکن قلنا بکون القبول ناقلًا فإنّه لا أثر له من الورثه، إذ المنشأ إنما هو ملکیه الموصی له بعد الموت، و هو غیر قابل لها بالفعل.

الوجه الثالث: صحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل أوصی لآخر و الموصی له غائب، فتوفی الموصی له الذی أوصی له قبل الموصی، قال: الوصیّه لوارث الذی أوصی له، قال: و من أوصی لأحد شاهداً کان أو غائباً، فتوفی الموصی له قبل الموصی، فالوصیّه لوارث الذی أوصی له، إلّا أن یرجع فی وصیّته قبل موته» «۱». فإنها صحیحه سنداً و صریحه دلاله.

و دعوی أن اشتراک محمد بن قیس بین الثقه و الضعیف، یمنع من الحکم بصحتها و الأخذ بها.

مدفوعه بأن الذی یروی قضاء أمیر المؤمنین (علیه السلام)

عن أبى جعفر (عليه السلام) و يروى عنه عاصم بن حميد، إنما هو الثقه، على ما حقق فى محله من الرجال «۲».

و يؤيدها أوّلًا: صحيحه العباس بن عامر، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيّه، فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقباً؟ قال: «أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه». قلت: فإن لم أعلم له ولياً؟ قال: «اجهد على أن تقدر له على ولى، فإن لم تجد و علم اللّه منك الجدّ فتصدق بها» «۳».

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۳۰ ح ۱.

(۲) معجم رجال الحديث ۹: ۱۸۰ رقم ۶۰۵۴.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۳۰ ح ۲.

بخبر الساباطى و صحيح المثنى. و لا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم و منصور ابن حازم بعد إعراض المشهور عنهما، و إمكان حملها على بعض المحامل منها التقيّه، لأن المعروف بينهم عدم الصحّه.

و وجه جعلها مؤيده التردد فى المراد بالقبض. فإن المراد به إن كان هو القبض الخارجى فقط، فالروايه أجنبيه عن محل الكلام، فإن الظاهر حينئذ أن الموصى له كان له أن يقبض و لكنه مات قبل قبضه، و عليه فحياه الموصى له و موت الموصى مفروغ عنهما. و أما إن كان المراد به هو القبول، كما هو ليس ببعيد من جهه أن القبول غالباً ما يكون به، فهى بترك الاستفصال و عدم السؤال عن أن موت الموصى له كان بعد موت الموصى أو قبله، تدلّ على المدعى.

و أمّا المناقشه فى سندها من جهه أن المذكور فى الكافى و إن كان روايه العباس بن عامر عن الإمام (عليه السلام) بلا واسطه «۱» إلّا انها لم تثبت. فإن الصدوق

و الشيخ روياها عن العباس بن عامر، عن المثنى، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) «۲» و حيث إن المثنى هذا مجهول، فلا مجال للحكم بصحّتها.

مدفوعه بأن الظاهر أن المثنى هذا هو عبد السلام، كما صرح به فى تفسير العيّاشى «۳» و هو ثقه.

على أنه لو تمّ التردّد، فهو مردّد بين المثنى بن عبد السلام، و المثنى بن الوليد و كلاهما ثقه على ما ذكره الكشى عن مشايخه «۴».

ثانياً: روايه محمد بن عمر الباهلى (الساباطى)، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إلىّ و أمرنى أن اعطى عماً له فى كل سنه شيئاً، فمات العم؟

فكتب: «أعط ورثته» «۵». فإنها بترك الاستفصال، تدلّ على عموم الحكم لصوره

---

(۱) الكافى ۷: ۱۳.

(۲) التهذيب ۹: ۲۳۱/ ۹۰۵، الاستبصار ۴: ۱۳۸/ ۵۱۷، الفقيه ۴: ۱۵۶/ ۵۴۲.

(۳) تفسير العياشى ۱: ۷۷/ ۱۷۱.

(۴) رجال الكشى: ۳۳۸ رقم ۶۲۳.

(۵) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۳۰ ح ۳.

نعم، يمكن دعوى انصراف الصحيحه عمّا إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد. بل ربّما يقال: إنّ محل الخلاف غير هذه الصوره. لكن الانصراف ممنوع، و على فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصى، و إلّا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكاً بعد فرض عدم ردّه، فينتقل إلى ورثته.

موت الموصى له قبل الموصى أيضاً.

و وجه جعلها مؤيده أنها ضعيفه سنداً، لأن محمد بن عمر الباهلى لا وجود له فى الرجال، و محمد بن عمر الساباطى لم يوثق.

على أن موردها هى الوصيّه العهديه، و محل الكلام هى الوصيّه التمليكيه.

فالعمده فی الاستدلال هی صحیحه محمد بن قیس الداله

على المدعى صريحاً.

إلّا أن بإزائها صحيحتين:

أُولاهما: صحيحه محمّد بن مسلم و أبى بصير عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال: «ليس بشى ء» «۱».

ثانيتهما: صحيحه منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيّه إن حدث به حدث، فمات الموصى له قبل الموصى؟ قال: «ليس بشى ء» «۲».

و معارضه هاتين الصحيحتين لصحيحه محمد بن قيس، مبنيه على رجوع الضمير فى قوله (عليه السلام): «ليس بشى ء» إلى الإيصاء، إذ لو كان الضمير راجعاً إلى الموت كما يقتضيه قربه إليه، كانت هاتان الصحيحتان موافقتين لصحيحه محمّد بن قيس.

و كيف كان، فمع فرض التعارض بينها لا ينبغى الشك فى تقديم صحيحه محمد بن قيس، نظراً لمخالفتها لمذهب العامه.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۳۰ ح ۴.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۳۰ ح ۵.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۱۹

....

إذن فهى المعتمد فى مقام الفتوى، على ما عليه المشهور.

و أما الجمع بين هذه النصوص بحمل صحيحه محمد بن قيس على فرض عدم تقييد الوصيّه، و حمل المعارض لها على فرض التقييد، فيلتزم بصحتها و انتقال الموصى به إلى ورثه الموصى له فى الأوّل، و البطلان فى الثانى.

فمدفوع بان المراد من تقييد الوصيّه بالموصى له إن كان تعلق غرضه به شخصاً، فى قبال تعلق غرضه بكون الموصى به من جمله أموال الموصى له يتصرف به هو فى حياته و ينتقل إلى ورثته بعد وفاته، فهو و إن كان أمراً ممكناً إلّا أنه لا أثر له فى مقام الإنشاء فإن العبره فى الحكم بالصحّه و الفساد ليست بغرض المنشئ و داعيه إلى

الإنشاء، و إنما هى بما ينشئ.

مع أن حمل صحيحه محمّد بن قيس على الفرض الثانى مما لا شاهد له، بل هو بعيد و مناف للإطلاق، بل خلاف الظاهر، و حمل على الفرد النادر من الوصايا، حيث إن الغالب منها هو الفرض الأوّل، أعنى وجود خصوصيّه للموصى له.

و إن كان المراد أن نظر الموصى فى مقام إنشاء الوصيّه قد يكون إلى شخص الموصى له، و قد يكون إليه هو على تقدير حياته و إلى ورثته على تقدير وفاته فالوصيّه قد تكون مقيده بشخص معين و قد تكون جامعه بينه و بين غيره، فهو و إن كان ممكناً أيضاً إلّا أن صحّتها حينئذ على القاعده و لا تحتاج إلى النص، إذ الوارث موصى له حقيقه، فحمل الصحيحه عليها حمل بعيد و لا شاهد فيها عليه، بل الظاهر منها كون الوصيّه لشخص الميت بنفسه.

و إن كان المراد أن الموصى تاره يقيد الوصيّه بحياه الموصى له و أُخرى يطلق، فإذا كانت الوصيّه من قبيل الأوّل حكم ببطلانها عند موت الموصى له، لانتفاء المقيد بانتفاء قيده، فهو و إن كان أقرب الوجوه المذكوره فى التقييد، بل يظهر من صاحب الجواهر (قدس سره) أن البطلان فى هذه الصوره ليس محلا للكلام بينهم «١» إلّا أنه أيضاً لا يمكن المساعده عليه، نظراً لعدم الشاهد فى صحيحتى محمد بن مسلم و منصور بن حازم على تقييدهما بذلك.

---

(١) الجواهر ٢٨: ٢٥٧ ٢٥٨.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٠

....

على أن هذا التقييد لا أثر له. فإن الوصيّه مقيده بذلك فى مقام الثبوت، سواء أقيدها الموصى فى مقام الإثبات أم لم يقيدها، فإن الميت غير قابل للتمليك ابتداءً فالحياه مأخوذه فى الموضوع على نحو مفروض الوجود.

و من هنا فلا يكون للتقييد أثر.

و الحاصل أن مقتضى القاعده و إن كان هو البطلان فى فرض موت الموصى له فى حياه الموصى، إلّا أنه لا بدّ من الخروج عنها لصحيحه محمد بن قيس، الداله على النفوذ و انتقال المال إلى ورثته صريحاً.

و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين فرض التقييد و عدمه.

و أمّا المقام الثانى: فإن قلنا بأن الوصيّه إيقاع و لا تحتاج إلى القبول كما هو الصحيح، غايه الأمر أنه يعتبر فى نفوذها عدم الرد، فالأمر واضح. فإن الموصى به ينتقل بمجرّد موت الموصى إلى ملك الموصى له لفرض عدم الرد، و بموته ينتقل إلى ملك ورثته لا محاله، فحاله فى ذلك حال سائر أمواله، فلا يعتبر قبولهم جزماً.

نعم، يبقى الكلام فى تأثير ردهم، و هل أنه كردّ الموصى له يوجب بطلانها أم لا؟

فيه خلاف. و الظاهر هو الثانى، و ذلك لإطلاقات أدله نفوذ الوصيّه، فإن مقتضاها نفوذها مطلقاً، سواء أتحقق ردّ أم لم يتحقق، غايه الأمر أننا خرجنا عنها للإجماع على مانعيه الرد، و حيث إنه دليل لبى فلا بدّ من الاقتصار فيه على القدر المتيقن و هو ردّ الموصى له نفسه، فيبقى تأثير رد الورثه بلا دليل. على أن الورثه إنما يتلقون المال من أبيهم بعنوان الإرث، و لا يتلقونها من الموصى بعنوان الوصيّه. و من هنا فلا يكون لردهم أى أثر.

و إن قلنا باعتبار القبول، فإن اعتبرناه كاشفاً، فالأمر كما تقدّم، إذ المتيقن من الإجماع الدالّ على اعتبار القبول اعتباره فى الجمله، أعنى الأعم من قبول الموصى له هو و قبول ورثته، فإذا قبل الورثه كشف ذلك عن ملكيه الموصى له للموصى به من حين موت الموصى، و حينئذ فينتقل

إلى ملكهم كسائر أمواله.

و إن اعتبرناه ناقلًا، أشكل الحكم بصحّه الوصيّه من هذه الجهه، فإن ما أنشأه الموصى غير قابل للتحقق فى الخارج، و ما تعلق به القبول لم ينشئه الموصى.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۱

[بقى هنا أُمور]

اشاره

بقى هنا أُمور:

[أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث]

أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول و مات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصيّه لوارث الوارث، أوْ لا؟ وجوه [۱] الشمول (۱) و عدمه لكون الحكم على خلاف القاعده، و الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، و كونه الأخبار فلا.

إلّا أن هذا لا يمنع من الحكم بنفوذ الوصيّه و انتقالها إلى الورثه. و ذلك لصحيحه محمد بن قيس المتقدِّمه، فإنها و إن كانت وارده فى موت الموصى له فى حياه الموصى لكن الظاهر أنه لا خصوصيّه له، بل المقام أولى فى الحكم بالنفوذ من فرض موته فى حياه الموصى. إذ الموصى له فى الثانى لم يكن قابلًا للملكيه، نظراً لعدم تحقق شرطها أعنى موت الموصى، بخلاف المقام، فيكون الحكم فيه ثابتاً بالأولويه القطعيه.

و احتمال ملكيه الميت فى المقام المال آناً ما عند قبول الوارث، بعيد غايته و لا دليل عليه.

و الحاصل أن الموصى به ينتقل إلى ملك الورثه فى المقام لانتقال الوصيّه إليهم تعبداً، و كأنهم هم الموصى لهم ابتداءً.

(۱) و هو الصحيح.

و ذلك أما مع فرض تأخر موت الموصى له عن وفاه الموصى، و القول بعدم اعتبار القبول فى نفوذها، فالأمر واضح. فإنه لا ينبغى الشك فى قيام وارث الوارث مقامه فإنّ الموصى له قد ملك الموصى به بمجرد موت الموصى، فبموته هو مع فرض عدم رده ينتقل ذلك المال إلى وارثه لا محاله، و بموت الوارث ينتقل المال إلى وارثه كسائر أمواله، و لا موجب للقول بعدم قيامه

مقامه.

و كذا الحال لو اعتبرنا القبول فى نفوذها و قلنا بكشفه، فإن قبول وارث الوارث يكشف عن ملكيه الموصى له للمال حين

موت الموصى، و من هنا فيملكه هو لانتقال

---

[۱] أقواها الأوّل، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصى على ما مرّ من عدم اعتبار القبول.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۲

[الثانى: إذا قبل بعض الورثه و ردّ بعضهم، فهل تبطل]

الثانى: إذا قبل بعض الورثه و ردّ بعضهم، فهل تبطل، أو تصحّ و يرث الرادّ أيضاً مقدار حصته، أو تصحّ بمقدار حصه القابل فقط، أو تصحّ و تمامه للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل، أو بعده فتصح بالنسبه إلى مقدار حصّه القابل؟ وجوه [۱] (۱).

أموال الموصى به بموته إلى وارثه، و بموته إليه لا محاله.

نعم، بناءً على القول بناقليه القبول، لا مجال للحكم بصحّه الوصيّه و قيام الوارث مقام الموصى له فضلًا عن وارث الوارث، مع قطع النظر عن صحيحه محمّد بن قيس فحكم هذا الفرض حكم ما بعده.

و أمّا مع فرض تقدّم موته على موت الموصى، فالحكم بالانتقال إلى الوارث و إن كان على خلاف القاعده، و لذا تعين الحكم بالبطلان لولا صحيحه محمّد بن قيس، إلّا أن الظاهر ثبوته في المقام أيضاً. و ذلك لتضمن الصحيحه لبيان كبرى كليه، هى انتقال الوصيّه إلى الوارث فى فرض موت الموصى له، فإن مقتضاها ثبوت وصيتين فى المقام:

الاولى: الوصيّه بكون المال للموصى له، و هذه الوصيّه هى التى أنشأها الموصى.

الثانيه: الوصيّه بكون المال لورثه الموصى له، و هذه الوصيّه إنما هى بجعل من الشارع و تعبّد منه.

و عليه فإذا ثبتت الوصيّه لورثه الموصى له و لو تعبداً، كان مقتضى هذه الصحيحه ثبوتها لورثته.

و على هذا الأساس يظهر عدم الفرق، بين كون مدرك الحكم هو انتقال حق القبول من الموصى له إلى ورثته، و بين كونه هو

صحیحه محمد بن قیس. ففی کل مورد کان للوارث أن یقبل الوصیّه، کان ذلک لوارثه أیضاً.

(۱) أصحّها التفصیل بین موت الموصی له قبل وفاه الموصی، و موته بعد وفاته و قبل القبول.

---

[۱] إذا کان موت الموصی قبل موت الموصی له، فلا ریب فی تعیّن الوجه الثانی علی ما مرّ، و أمّا إذا انعکس الأمر فعلی القول باشتراط تملّک الوارث بعدم ردّه فالمتعیِّن هو الثالث، و أمّا علی ما قوّیناه من أنه لا أثر للرد فیتعیّن الوجه الثانی أیضاً.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۲۳

....

ففی الأوّل فالحکم بالبطلان و إن کان مقتضی القاعده کما عرفت، إلّا أن الدلیل الخاص صحیحه محمد بن قیس دل علی انتقال الوصیّه إلی ورثه الموصی له تعبداً، و کأنها وصیّه لهم ابتداءً. و حیث إن الوصیّه للمتعدد تقتضی انحلالها إلی وصایا بعددهم، تکون هذه الوصیّه منحله لا محاله، فیکون لکل منهما بنسبته إلی المجموع.

و من هنا فاحتمال بطلانها من رأس لا وجه له. و کذا احتمال صحتها مع کون جمیع الموصی به للقابل، فإنّ الموصی لم ینشئ ذلک و لیست الوصیّه کذلک، بل له منها بنسبته إلی المجموع خاصّه.

و علیه فیدور الأمر بین الالتزام بصحتها مطلقاً مع إرث الرادّ أیضاً، أو التفصیل بالالتزام بالصحّه بالنسبه إلی حصه القابل و البطلان بالنسبه إلی حصه الرادّ.

و منشأ هذا التردید هو الخلاف فی تأثیر الرد فی المقام، أعنی الوصیّه التعبدیه.

فإن قلنا إنه لا أثر لمثل هذا الردّ کما هو الصحیح، لأن الدلیل علی تأثیره إنما کان هو الإجماع، و حیث إنه مفقود فی المقام لاختلاف الأقوال فیه کما عرفت، فلا یکون له أثر. و علیه فتصحّ الوصیّه، و یأخذ الرادّ حصته منها، کما یأخذ

القابل حصّته.

و إن قلنا إنّ الردّ من الوارث يؤثر أثره، فلا بدّ من التفصيل فى الصحّه بين حصّه القابل و حصّه الراد، لانحلالها.

و أما فى الثانى، فإن قلنا بعدم اعتبار القبول كما اخترناه، فلا ينبغى الإشكال فى نفوذ الوصيّه مطلقاً، من دون أن يكون لردّ الرادّ أثر، إذ المال قد انتقل إليهم بالإرث لا بالوصيّه، فإنّ الميت الموصى له قد ملكه بمجرد موت الموصى و عدم ردّه للوصيّه.

و إن قلنا باعتبار القبول، فإن التزمنا بكاشفيته، فالحكم كذلك أيضاً، لما عرفت من أن الدليل على اعتباره ليس إلّا الإجماع، و هو على تقدير تسليمه لا يقتضى إلّا اعتباره فى الجمله، أعنى الأعم من قبوله هو و قبول بعض ورثته، و حيث إنه متحقق لفرض قبول بعض الورثه، كشف ذلك عن ملكيه الموصى له للمال من حين موت الموصى. و من هنا فيكون انتقاله إليهم بالإرث، فلا يكون لردّ بعضهم أثر.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۴

[الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثمّ إليه]

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثمّ إليه، أو إليه ابتداء من الموصى؟ (۱) وجهان، أوجههما الثانى [۱] (۲).

و إن التزمنا بناقليته، جرى فيه ما تقدّم من الخلاف فى تأثير الردّ فى المقام و عدمه. فعلى الأوّل تصحّ بالنسبه إلى حصه القابل خاصه دون حصه الراد، لانحلال الوصيّه. و على الثانى تصحّ مطلقاً، فيأخذ الرادّ كما يأخذ القابل.

(۱) يظهر أثر هذا النزاع فى أخذ الزوجه من الأرض إذا تعلقت بها الوصيّه على الثانى دون الأوّل، و خروج ديون الميت و وصاياه من الموصى به على الأوّل دون الثانى.

(۲) بل الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له فى حياه الموصى، و موته بعد وفاته.

ففى الأوّل ينتقل الموصى به

إليهم مباشره، و من دون وساطه الموصى له لعدم قابليته للمكيه، حين موت الموصى.

و فى الثانى ينتقل المال إلى الموصى له أوّلًا، حيث لم يتحقق منه الرد كما هو المفروض، و من ثمّ ينتقل إليهم بالإرث، فحاله فى ذلك حال سائر ما تركه الميت.

هذا إذا لم نقل باعتبار القبول، كما هو الصحيح. و أما بناءً على اعتباره، فإن قلنا بكونه كاشفاً فالأمر كذلك، حيث يكشف قبولهم عن ملك الميت له أوّلًا، و انتقاله بعد ذلك إليهم بالإرث.

و احتمال الكشف عن ملكيه الورثه له من حين موت الموصى، ضعيف و لا- وجه له، فإن الوصيّه إنما كانت للموصى له دون الورثه، فانتقالها إليهم يحتاج إلى الدليل. و إن قلنا بكونه ناقلًا، كان مقتضى الدليل انتقال الموصى به إلى الورثه ابتداءً و من دون نقصان، لانتقال الوصيّه إليهم تعبداً.

---

[۱] هذا فيما إذا مات الموصى له قبل الموصى، و أمّا فى عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصى له على ما مرّ.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۵

و ربّما يبنى (۱) على كون القبول كاشفاً أو ناقلًا. فعلى الثانى الثانى. و على الأوّل الأوّل. و فيه: أنه على الثانى أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آناً ما ثمّ إلى وارثه. بل على الأوّل يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى، لأنه كأنه هو القابل، فيكون منتقلًا إليه من الأوّل.

[الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى]

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى، أو الوارث حين موت الموصى، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثمّ إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أوّلًا من الموصى فعلى الأوّل الأوّل،

و على الثانى الثانى؟ وجوه [۱] (۲).

[الخامس: إذا اوصى له بأرض فمات قبل القبول]

الخامس: إذا اوصى له بأرض فمات قبل القبول، فهل ترث زوجته منها أوْ لا؟

و احتمال تملك الميت للمال على هذا التقدير آناً ما و إن كان ممكناً إلّا أنه لا دليل عليه، فإن مقتضى الوصيّه ملكيه الموصى له للمال حين موت الموصى و هى لم تتحقّق و الملكيه عند القبول من الوارث لم ينشئها الموصى و لم يدلّ عليها دليل.

(۱) ظهر الحال فيه و فيما يأتى مما تقدّم.

(۲) أوجهها الأوّل.

و ذلك أما بناءً على انتقال المال إلى الموصى له الميت أوّلًا، و من ثمّ انتقاله إليهم فالأمر واضح. فإنه و بعد انتقاله إليه، ينتقل عند موته إلى ورثته الموجودين فى ذلك الزمان لا محاله، على ما تقتضيه قواعد الإرث.

و أمّا بناءً على انتقاله إليهم مباشره، فلظاهر قوله (عليه السلام) فى صحيحه محمد ابن قيس: «الوصيّه لوارث الذى أوصى له» فإنه ظاهر فى وارثه حين موته. و حمله على وارثه حين موت الموصى، تقييد بلا دليل، و لا وجه للمصير إليه.

و من هنا فلو كان للموصىٰ له حين موته ابن و أخ، فمات الابن قبل موت الموصى و ترك أولاداً ثمّ مات الموصى، كانت الوصيّه لأولاد الابن دون عم أبيهم.

---

[۱] أوجهها الأوّل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۶

وجهان مبتيان على الوجهين فى المسأله المتقدِّمه [۱] (۱). فعلى الانتقال إلى الميت ثمّ إلى الوارث، لا ترث. و على الانتقال إليه أوّلًا لا مانع من الانتقال إليها، لأنّ المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج، بل وصيّه من الموصى. كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون و الوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث و عدمه (۲).

أمّا إذا كانت بما

يكون من الحبوه، ففى اختصاص الولد الأكبر به، بناءً على الانتقال إلى الميت أوّلًا، فمشكل (٣) لانصراف الأدلّه عن مثل هذا.

---

(١) يعنى الأمر الثالث. و قد عرفت فيه أن الصحيح هو التفصيل بين موت الموصى له فى حياه الموصى، و موته بعد وفاته. ففى الأوّل ترث منها، لانتقال الوصيّه إليهم مباشره. و فى الثانى لا ترث منها، إلّا على تقدير اعتبار القبول و القول بكونه ناقلًا.

و قد يستشكل فيه بأن الدليل لما دلّ على كونها على نحو الإرث، كان المستفاد منه حرمان من يحرم من الإرث كلّاً أو بعضاً منها. و حيث إن الزوجه تحرم من الأراضى إرثاً، فهى تحرم منها وصيّه أيضاً، لتنزيلها منزلته.

إلّا أنه مدفوع بأنّ الصحيحه لم تتضمّن تنزيل الموصى به منزله التركه، و إنما تضمّنت تنزيل الورثه منزله الموصى له الميت، و كأنه هم الموصى لهم ابتداءً. و حيث إنّ الزوجه داخله فيهم بلا خلاف و إن كانت هى لا ترث من الأرض، و لذا لا إشكال فى شمول الوصيّه لها فيما لو أوصى الموصى بالأرض للورثه ابتداءً، فهى أيضاً ممن جعلت الوصيّه له تعبّداً.

و هذا لا ينافى تقسيمها عليهم على نحو تقسيم الإرث، فإنها و إن كانت الوصيّه لهم بالتعبّد إلّا أن ظاهر الدليل كونها لهم بما هم ورثه الموصى له، فينبغى تقسيمها على نحو تقسيم الإرث.

(٢) ظهر الحال فيه مما تقدّم فى الأمر الثالث، فراجع.

(٣) و ذلك لاختصاص الحبوه بما أعدّه الميت لنفسه و جعله مختصاً به، فلا تشمل ما لم يكن كذلك حتى و لو كان مملوكاً له.

---

[١] و قد عرفت التفصيل فيها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٧

[السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى له]

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعتق على الموصى

له (١). فإن قلنا بانتقاله

هذا كلّه فيما إذا مات الموصى له بعد وفاه الموصى، و قلنا بعدم اعتبار القبول، أو اعتبرناه و جعلناه كاشفاً. و أما لو مات فى حياه الموصى أو بعده، مع القول باعتبار القبول ناقلًا، فلا ينبغى الإشكال فى عدم إجراء حكمها عليه، نظراً لعدم انتقاله إليه بالمرّه.

(١) الكلام فى هذه المسأله:

تاره يقع فى الموصى به الذى ينعتق على الموصى له خاصه دون وارثه، كما لو اوصى له بابنه الرق و كان له أولاد أحرار، فإنه ينعتق عليه خاصه دون أولاده، حيث لا مانع من ملك الرجل لأخيه.

و أُخرى فى الموصى به الذى ينعتق على الوارث أيضاً، كما لو اوصى له ببنته، حيث لا يجوز للرجل أن يملك محارمه من النساء.

أمّا المقام الأوّل: فإن كان موت الموصى له فى حياه الموصى، فعلى ما اخترناه من انتقال الوصيّه منه إلى ورثته بالتعبد، فلا إشكال فى عدم انعتاقه إذ لم يدخل و لا آناً ما فى ملك الموصى له، و إنما انتقل من الموصى إليهم مباشره، و المفروض قابليتهم لتملّكه و عدم انعتاقه عليهم قهراً.

و على ما ذهب إليه بعضهم، من انتقاله إلى الموصى له آناً ما و من ثمّ انتقاله إلى الورثه بالإرث، ينعتق لا محاله، لانعتاقه بمجرد الدخول فى ملك الموصى له، و معه فلا يبقى مجال لانتقاله إلى الورثه، نظراً لعدم شمول ما ترك له. و بذلك يكون من مصاديق الوارث المتجدد بعد الموت، فيأخذ تمام التركه إذا كان انعتاقه قبل القسمه و كان هو فى مرتبه سابقه على الموجودين و إلّا شاركهم فيها، و إن كان انعتاقه بعد القسمه فلا شى ء له.

و إن كان موت الموصى له بعد وفاه الموصى،

فعلى مـا اخترنـاه من كون الوصـيّه إيقاعاً محضاً فالأمر واضـح. فإنه و بمجرد موت الموصـى ينتقل إلى ملك الموصـى له آناً ما، فالحال فيه هو الحال فى موت الموصى له قبل موت الموصى طابق النعل بالنعل.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۲۸

....

فـإن قلنـا بانتقاله من الموصـى إليهم مباشـره، فلا ينعتق. و إن قلنا بانتقاله إلى الموصـى له أوّلًا، و من ثمّ إليهم، ينعتق بـدخوله فى ملك الموصى له قهراً.

و إن جعلنـاه كاشـفاً، كشف قبولهم عن انعتـاقه حين موت الموصـى، فيرث معهم إذا كان فى طبقتهم، و يختص بالتركه إذا كان سابقاً عليهم، بلا فرق فى ذلك بين كونه قبل القسـمه أو بعـدها، فإنه ليس من مصاديق الوارث المتجـدِّد بعد الوفاه إذ المفروض حريته فى حياه الموصى له، غايه الأمر أن الكشف عن ذلك كان بالفعل.

و قـد يستشـكل فيه فيمـا إذا كـان الموصـى به أحق منهم بالإرث و متقـدماً عليهم بحسب الطبقه، كمـا إذا كان الموصـى به ابن الموصـى له و كانت الورثه إخوته، بأن لازم ذلك كشف قبولهم عن انتقال حق قبول الوصيّه إليه أيضاً و اختصاصه به دون غيره و معه كيف يكون قبولهم كاشفاً عن حريته، حيث يلزم من كونه وارثاً عدم كونه وارثاً، و ما يلزم من وجوده عدمه محال.

و بعبـاره اخرى: إنّ إخوه الموصـى له إن كانوا ورثه له، فكيف ينتقل المال إلى ابنه بعـد انعتاقه، و إن لم يكونوا كـذلك فلا أثر لقبولهم أيضاً! و قد يجاب عنه بأن حق القبول إنما هو لوارث الميت عند موته، دون من تجدد إرثه و لو كشفاً.

و فيه: أنه لا فرق فى القبول بين الوارث عند موت الميت و المتجدد، و لذا لو

أعتق العبد قبل قبول إخوته كان حاله حالهم. فإذا كان هذا حال المعتق بعد وفاه الموصى له، ففى ما نحن فيه يكون ذلك بالأولويه، حيث إن التجدد فى الكشف دون الحريه.

فالصحيح أن يقال: إن ثبوت حق القبول للوارث و كفايته عن قبول الموصى له، لم يكن بدليل لفظى كى يقال إنه يلزم من وجوده عدمه، و إنما كان اعتباره فى صحّه الوصيّه بناءً على القول به للإجماع، و المتيقن منه من كان وارثاً من غير جهه القبول و أمّا الوارث من جهه القبول فلا إجماع على اعتبار قبوله.

و بعباره اخرى: إن القبول حق لمن يكون وارثاً فى مرتبه سابقه عن هذا الحق و أمّا من يكون وارثاً بهذا الحق فلا إجماع على اعتبار قبوله.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٢٩

إليه أوّلًا بعد قبول الوارث، فإن قلنا به كشفاً، و كان موته بعد موت الموصى [١] (١) انعتق عليه، و شارك الوارث ممن فى طبقته، و يقدم عليهم مع تقدّم طبقته، فالوارث يقوم مقامه فى القبول، ثمّ يسقط عن الوارثيه، لوجود من هو مقدّم عليه.

و إن كان موته قبل موت الموصى، أو قلنا بالنقل و أنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آناً ما، فينعتق (٢) لكن لا يرث إلّا إذا كان انعتاقه قبل قسمه الورثه

و عليه فبقبولهم ينكشف انعتاقه من حين موت الموصى، و به ينتقل جميع المال إليه.

و أمّا المقام الثانى: ففيه ينعتق الموصى به على جميع التقادير. إلّا أن الأثر بين الفروض المتقدِّمه يظهر فى إرثه من الموصى له.

فإن كان موت الموصى له قبل موت الموصى، و قلنا بانتقال الموصى به إلى الورثه مباشره، فهو من مصاديق الوارث المتجدد، فيرث قبل القسمه لا بعدها.

و إن قلنا بانتقاله إلى الموصى له أوّلًا و من ثمّ إليهم، فهو يكشف عن انعتاقه حين موت الموصى و هو يقتضى إرثه مطلقاً، سواء قبل القسمه و بعدها.

و إن كان موت الموصى له بعد موت الموصى، فإن لم نعتبر القبول فى الوصيّه، أو اعتبرناه و جعلناه كاشفاً، فهو يرث مطلقاً، لانكشاف حريته حين موت الموصى له. و إن جعلناه ناقلًا، كان الموصى به من مصاديق الوارث المتجدد بعد الوفاه.

(۱) عرفت فيما تقدّم أنه لا حاجه فى هذا الفرض إلى قبول الوارث، إذ الموصى به ينتقل و بمجرد موت الموصى إلى ملك الموصى له، و عليه فينعتق سواء أقبل الورثه أم لم يقبلوا.

(۲) ظهر الحال فيه مما تقدّم فى الفرض الأوّل، حيث لا مجال للقول بالانعتاق بعد

---

[۱] لا حاجه فى هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مرّ، فيحكم بانعتاق الموصى به من الأوّل، و أمّا إذا مات بعد الموصى له فلا وجه للانعتاق أصلًا، لأنّ الوارث حينئذ يتلقّى الموصى به من الموصى دون الموصى له.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۰

و ذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق سائر الورثه بالإرث. نعم، لو انعتق قبل القسمه فى صوره تعدد الورثه شاركهم.

و إن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له (۱) فلا ينعتق عليه، لعدم ملكه، بل يكون للورثه، إلّا إذا كان ممن ينعتق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعتق، و لكن لا يرث إلّا إذا كان ذلك مع تعدد الورثه و قبل قسمتهم.

[السابع: لا فرق فى قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكيه و العهديه]

السابع: لا فرق فى قيام الوارث مقام الموصى له بين التمليكيه و العهديه (۲).

[مسأله ۸: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكيه]

[۳۹۰۶] مسأله ۸: اشتراط القبول على القول به مختصّ بالتمليكيه كما عرفت، فلا يعتبر فى العهديه (۳). و يختصّ بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين. و أما إذا كان للنوع أو للجهات، كالوصيّه للفقراء و العلماء أو للمساجد

فرض انقلاب الوصيّه إلى الوارث، و انتقاله من الموصى إليه مباشره و من غير وساطه الموصى له.

(۱) كما هو الصحيح على ما تقدّم بيانه.

(۲) و الوجه فيه إطلاق صحيحه محمّد بن قيس، فإن السؤال فيها إنما هو عن رجل أوصى لآخر، و هو كما يشمل الوصيّه التمليكيه يشمل الوصيّه العهديه، فإنه مطلق من حيث تمليك الموصى شيئاً له، أو أمره للوصى بأن يدفع إليه شيئاً.

و دعوى اختصاصها بالوصيّه التمليكيه، عاريه عن القرينه و لا شاهد لها.

ثمّ إن هذه الصحيحه وافيه بالمدعى، و معه فلا حاجه إلى التمسک بروايه محمد بن عمر الباهلى (الساباطى) المتقدِّمه كى يورد عليها بضعف السند. نعم، لا بأس بجعلها مؤيده للحكم فى المقام، فإنها وارده فى ذلك و داله عليه بوضوح لولا ضعف سندها.

(۳) بلا خلاف و لا إشكال، لا من الموصى إليه و لا من الموصى له.

أمّا الأوّل: فلجمله من النصوص الدالّه على عدم اعتبار قبوله صريحاً. نعم، له حق الردّ بشرط إعلام الموصى به.

و أمّا الثانى: فقد يفرض أن الموصى به أمر غير متوقف على قبوله، كما لو أوصى

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۱

فلا يعتبر قبولهم (۱) أو قبول الحاكم فيها للجهات (۲) و إن احتمل ذلك أو قيل. و دعوى أن الوصيّه لها ليست من الوصيّه التمليكيه بل هى عهديه، و إلّا فلا

يصح تمليك النوع أو الجهات، كما ترى (٣).

و قد عرفت سابقاً قوه عدم اعتبار القبول مطلقاً، و إنما يكون الرد مانعاً، و هو أيضاً لا يجرى فى مثل المذكورات، فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلًا، بل إذا

الوصى بدفع ديونه و تفريغ ذمته. ففيه تنفذ الوصيّه و يلزم الوصى القيام بها، سواء أقبل الموصى له أم لم يقبل.

و قد يفرض توقفه على القبول و عدم تحققه قهراً، كما لو أوصى بهبه داره له، أو بيعه له بنصف ثمن مثله. ففيه أيضاً لا يكون عدم قبوله موجباً لبطلان الوصيّه، فإن القبول إنما يعتبر فى صحّه العقد الموصى به لا فى صحّه الوصيّه، و إنما يوجب رفضه جعل الوصيّه متعذر المصرف. و حينئذ فيبقى الموصى به على ملك الميت، و لا يكون إرثاً لأنه قد أبقاه على ملكه، غايه الأمر أنه عين له مصرفاً معيناً و هو متعذر، نظراً لرفض الموصى له، فيصرف فى وجوه البر مع تحرى الأقرب فالأقرب إلى الوصيّه.

و هذا بخلاف الوصيّه التمليكيه، بناءً على اعتبار القبول فيها. فإن الموصى قد أخرج الموصى به عن ملكه و ملّكه للموصى له، فإذا رفض الموصى له القبول كشف ذلك عن بطلان الوصيّه. و من هنا فينتقل الموصى به إلى ملك الورثه، حيث لم يبقه الموصى على ملكه.

إذن يصح أن يقال و على نحو الإطلاق: إن القبول غير معتبر فى الوصيّه العهديه سواء فى ذلك الموصى إليه و الموصى له.

(١) لعدم إمكانه من الكلى و النوع و الجهه، و قبول الأشخاص و إن أمكن إلّا أنه لا يجدى، باعتبار أن قبولهم ليس قبولًا للكلى.

(٢) لعدم الدليل عليه، بل مقتضى إطلاقات أدلّتها نفوذها من غير قبول.

(٣) لما تكرر منّا

غير مره، من أن الملكيه ليست من الأعراض الخارجيه كي تحتاج إلى معروض خارجي، و إنما هي من الاعتبارات، و هي كما يصحّ تعلقها بالكلي يصح أن تكون للكلي، كما التزموا بذلك في باب الخمس و الزكاه و الوقف بلا خلاف.

موسوعه الإمام الخوئي، ج ۳۳، ص: ۳۳۲

انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فردّ لا تبطل (۱).

[مسأله ۹: الأقوى في تحقّق الوصيّه كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ]

[۳۹۰۷] مسأله ۹: الأقوى في تحقّق الوصيّه كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ، و لا يعتبر فيه لفظ خاصّ (۲) بل يكفي كل فعل دالّ عليها (۳) حتى الإشاره و الكتابه و لو في حال الاختيار إذا كانت صريحه في الدلاله بل أو ظاهره، فإنّ ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعه اختصاص كفايه الإشاره و الكتابه بحال الضروره لا وجه له. بل يكفي وجود مكتوب منه بخطّه و مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيّه (۴).

و يمكن أن يستدلّ عليه بقوله (عليه السلام): «لا ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلّا و وصيّته تحت رأسه» (۵). بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم

و عليه فإذا لم يكن في قيام الملكيه بالكلي أو كونها للكلي محذور، لوقوعه في الخارج فضلًا عن إمكانه، أمكن الالتزام به في الوصيّه أيضاً، بأن يوصي بداره للفقراء أو العلماء أو الزائرين.

(۱) لأنه رد من الشخص بخصوصه، و هو بما هو شخص ليس بموصى له، فلا أثر لردّه. و بهذا تفترق هذه الوصيّه عن الوصيّه إلى المعيّن.

(۲) على ما تقتضيه إطلاقات أدلّتها.

(۳) لإطلاق أدلّتها أيضاً، فإنها غير مقيّده باللفظ، بل مقتضاها اللزوم و حرمه التبديل بمجرد صدق الوصيّه كيفما تحقّقت.

و دعوى تقييد الإطلاقات بالإجماع على احتياج العقود إلى اللّفظ.

مدفوعه

بأنه لو تمّ فهو إنما يختصّ بالعقود اللّازمه، و أما العقود الجائزه التى منها الوصيّه بناءً على كونها عقداً فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيها.

(۴) لصدق الوصيّه عليها، و عليه فيتعين العمل بها لإطلاقات الأدلّه.

(۵) رواه المفيد فى المقنعه باختلاف يسير جدّاً «۱». إلّا أنه لا يصلح للاستدلال به

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱ ح ۷.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۳

ابن محمّد الهمدانى (۱) قال: كتبتُ إليه: كتب رجل كتاباً بخطِّه، و لم يقل لورثته هذه وصيّتى، و لم يقل إنى قد أوصيت، إلّا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطِّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان

فإنه مضافاً إلى ضعف سنده بالإرسال مخدوش دلاله، إذ لا دلاله فيه على كفايه ما يوجد بخطه و كونه حجه على الورثه بحيث يلزمهم العمل به، فإنه وارد فى الترغيب فى الاستعداد للموت و عدم الاتكال على طول الأمل، و أين هذا من حجيه ما يوجد بخطِّه؟!.

(۱) رواه الصدوق (قدس سره) بإسناده عن إبراهيم بن محمد الهمدانى «۱». و رواه الشيخ بإسناده عن محمد بن أحمد بن يحيى، عن عمر بن على، عن إبراهيم بن محمد الهمدانى «۲».

و الطريق الثانى ضعيف بعمر بن على الذى هو عمر بن على بن عمر بن يزيد حيث لم يرد فيه توثيق، غير أن أحمد بن محمد بن يحيى قد روى عنه و لم يستثنه ابن الوليد، إلّا أننا قد ذكرنا فى كتابنا معجم رجال الحديث أن ذلك لا ينفع فى إثبات الوثاقه للرجل، فراجع «۳». على أن الروايه بطريقيها ضعيفه بإبراهيم بن محمّد الهمدانى نفسه، فإنه

لم تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم (عليهم السلام)، لما أوضحناه فى مقدّمه كتابنا معجم رجال الحديث من أن الوكاله وحدها لا تكفى فى إثبات وثاقه الوكيل.

نعم، ورد فى جمله من النصوص مدح الرجل و تجليله، إلّا أنها جميعاً ضعيفه السند، بل و راوى بعضها هو إبراهيم بن محمد الهمدانى نفسه، فلا تصلح للاعتماد عليها لإثبات وثاقه الرجل.

بل و على تقدير تماميتها سنداً لا تصلح دليلًا للحكم. و ذلك لما تضمنته من حجيه

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۴۸ ح ۲، الفقيه ۴: ۱۴۶/ ۵۰۷.

(۲) التهذيب ۹: ۲۴۲/ ۹۳۶.

(۳) معجم رجال الحديث ۹: ۱۸۰ رقم ۶۰۵۴.

له ولد ينفذون كل شى ء يجدون فى كتاب أبيهم فى وجوه البرّ و غيره».

[مسأله ۱۰: يشترط فى الموصى أُمور]

اشاره

[۳۹۰۸] مسأله ۱۰: يشترط فى الموصى أُمور:

[الأوّل: البلوغ]

الأوّل: البلوغ، فلا تصحّ وصيّه غير البالغ (۱). نعم، الأقوى وفاقاً للمشهور صحّه وصيّه البالغ عشراً إذا كان عاقلًا، فى وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم [۱] (۲) لجمله من الأخبار المعتبره (۳) خلافاً لابن إدريس، و تبعه جماعه.

هذه الوصيّه لولد الميت خاصه بعد أن كان السؤال عن حجيتها لمطلق الوارث، و مفهوم ذلك عدم حجيتها لدى غيرهم، و هذا التفصيل ممّا لم يقل به أحد و لا يمكن الالتزام به، فلا بدّ من رفع اليد عنها.

إذن فالصحيح فى الحكم هو التمسك بإطلاقات أدله نفوذ الوصيّه و لزومها.

(۱) فی الجمله إجماعاً.

(۲) فی نفوذ وصیّته لغیر الأرحام إشکال یأتی عند استعراض النصوص، فلاحظ.

(۳) منها معتبره عبد الرحمٰن بن أبی عبد اللّٰه عن أبی عبد اللّٰه (علیه السلام) فی حدیث قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنین جازت وصیّته» «۱».

و معتبره زراره عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «إذا أتی علی الغلام عشر سنین، فإنه یجوز له فی ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصی علی حدّ معروف و حقّ فهو جائز» «۲».

و معتبره عبد الرحمٰن بن أبی عبد اللّٰه عن أبی عبد اللّٰه (علیه السلام) أیضاً، قال: «إذا بلغ الصبی خمسه أشبار أُکلت ذبیحته، و إذا بلغ عشر سنین جازت وصیّته» «۳».

و معتبره أبی أیوب عن أبی عبد اللّٰه (علیه السلام) فی الغلام ابن عشر سنین یوصی قال: «إذا أصاب موضع الوصیّه جازت» «۴».

---

[۱] صحّه وصیّته للغرباء محل إشکال.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۴۴ ح ۳ ۷.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۴۴ ح ۳ ۷.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۴۴ ح ۳ ۷.

(۴) الوسائل، ج

۱۹ کتاب الوصايا، ب ۴۴ ح ۳ ۷.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۳۵

....

و معتبره منصور بن حازم عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: سألته عن وصیّه الغلام، هل تجوز؟ قال: «إذا کان ابن عشر سنین جازت وصیّته» «۱».

إلی غیر ذلک من النصوص المعتبره سنداً و البالغه حدّ الاستفاضه، الدالّه علی نفوذ وصیّه الصبی إذا بلغ عشر سنین صریحاً.

و دعوی منافاتها لما دلّ علی اعتبار العقل، کمعتبره جمیل بن دراج (عن محمّد بن مسلم علی ما فی التهذیب-) عن أحدهما (علیهما السلام)، قال: «یجوز طلاق الغلام إذا کان قد عقل و صدقته و وصیّته و إن لم یحتلم» «۲» حیث إنها جعلت العبره فی نفوذ الوصیّه العقل دون البلوغ عشر سنین.

مدفوعه بأن العقل معتبر لا محاله و علی کل تقدیر، سواء أ وَرد ذکره فی النص أم لم یرد، فإنه معتبر فی الموصی البالغ فضلًا عن الصبی الذی لم یبلغ الحلم. و من هنا فلا یکون ذکره قیداً زائداً، و من ثمّ فلا یکون المقام من اختلاف الشرطیتین.

نعم، هذه الروایه تخالف تلک النصوص من حیث إطلاقها لعدم البلوغ، فتشمل حتی الذی لم یبلغ عشر سنین، إلّا أن من الواضح لزوم تقیید إطلاقها بتلک، علی ما تقتضیه قواعد الجمع بین المطلق و المقید.

هذا و لکن دلّ بعض النصوص علی نفوذ وصیّه الصبی إذا بلغ ثمان سنوات. ففی روایه الحسن بن راشد عن العسکری (علیه السلام)، قال: «إذا بلغ الغلام ثمانی سنین فجائز أمره فی ماله، و قد وجب علیه الفرائض و الحدود، و إذا تمّ للجاریه سبع سنین فکذلک» «۳». و قد ذهب إلیه ابن الجنید (قدس سره) «۴».

إلّا أن هذه الروایه لا یمکن الاعتماد

عليها، و ذلك لما اتفقت عليه نسخ الروايه فى المصادر على نقلها عن على بن الحسن بن فضال عن العبدى عن الحسن بن راشد

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۴۴ ح ۳ ۷.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوقوف و الصدقات، ب ۱۵ ح ۲، التهذيب ۹: ۱۸۲/ ۷۳۳.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوقوف و الصدقات، ب ۱۵ ح ۴.

(۴) انظر فتاوى ابن الجنيد: ۲۳۸ ۲۴۴.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۶

....

حيث إن العبدى مجهول و لا يعلم من هو، لعدم ورود ذكر له فى كتب الرجال على الإطلاق.

نعم، من المحتمل أن تكون النسخ جميعاً مغلوطه نتيجه للسهو فى النسخه الأصليه، و إن الصحيح هو العبيدى الذى هو محمد بن عيسى بن عبيد، بقرينه روايه على بن الحسن بن فضال عنه كثيراً، و روايته عن الحسن بن راشد كذلك. فالروايه تكون معتبره، فإن العبيدى ثقه، بل قال ابن نوح: (من مثل العبيدى) و إن ناقش فيه ابن الوليد، إلّا أننا ذكرنا فى معجمنا أن الرجل ثقه «۱».

لكن ذلك كلّه لا ينفع فى التمسك بهذه الروايه و الاستدلال بها. و ذلك لأنها غير وارده فى الوصيّه بخصوصها، و إنما هى دالّه على جواز أمره مطلقاً و نفوذ جميع تصرفاته عند بلوغه ثمانى سنين، و هى بهذا تخالف جميع النصوص الموافقه للكتاب الدالّه على الحجر عليه و رفع القلم عنه، و عدم مؤاخذته بشى ء من أفعاله أو أقواله ما لم يبلغ. فلا بدّ من طرحها و رفع اليد عنها، حتى على تقدير تماميتها سنداً.

ثمّ إنّ هذه النصوص لا تنافيها صحيحه أبى بصير المرادى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، أنه قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين

و أوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيّته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيّته» «۲».

حيث تضمّنت التفصيل بين الغلام إذا بلغ عشر سنين فتنفذ وصيّته بقدر ثلثه، و بين ما إذا بلغ سبع سنين حيث تنفذ فى اليسير من ماله، فإنها غير مخالفه لما تقدّم بقدر مدلول تلك النصوص.

نعم، هى تضمنت نفوذ وصيّه من بلغ سبع سنين فى اليسير من ماله. و هذا إن لم يتم إجماع على خلافه فهو، و إلّا كما هو الظاهر فلا بدّ من رفع اليد عنها و رد علمها إلى أهله.

---

(۱) معجم رجال الحديث ۱۷: ۱۱۰ رقم ۱۱۵۰۸.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۴۴ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۷

[الثانى: العقل]

الثاني: العقل، فلا تصحّ وصيّه المجنون (۱). نعم، تصحّ وصيّه الأدوارى منه إذا

و منه يظهر الحال فى صحيحه محمد بن مسلم، قال: سمعت أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول: «إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك، جازت وصيّته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء» «۱».

فإن الحال فيها هو الحال فى معتبره أبى بصير المتقدِّمه. فإن تمّ إجماع على عدم التفصيل فلا بدّ من طرحها، كما يظهر ذلك من ذهاب المشهور إلى عدم الفرق، و إلّا كما هو الظاهر فلا بدّ من تقييد إطلاق ما دلّ على نفوذ وصيّه الصبى إذا بلغ عشراً.

و بعباره اخرى نقول: إن النسبه بين صحيحه محمد بن مسلم و بين ما دلّ على نفوذ وصيّه الغلام إذا بلغ عشراً، إنما هى العموم و الخصوص من وجه، فهما قد يجتمعان و قد يفترقان. فيجتمعان فى وصيّه الغلام البالغ عشراً لأرحامه. و يفترقان فى موردين:

وصيّه البالغ عشراً لغير أرحامه، و وصيّه من لم يبلغ عشراً لأرحامه. حيث إن مقتضى ما دل على نفوذ وصيّه البالغ عشراً هو صحّه الأوّل و فساد الثانى، فى حين إن مقتضى صحيحه محمّد بن مسلم هو العكس فيهما. و حينئذ فمقتضى القواعد هو التساقط، و الرجوع إلى عموم ما دلّ على حجر الصبى و عدم نفوذ تصرّفاته ما لم يحتلم.

فما أفاده الماتن (قدس سره) وفاقاً للمشهور، لا يمكن المساعده عليه، لأن القدر المتيقن من نفوذ وصيّه الصبى هو ما إذا بلغ عشراً و كانت وصيّته للأرحام. اللّهمّ إلّا أن يثبت إجماع على عدم الفرق، لكنه غير ثابت.

(١) لرفع القلم عنه فلا أثر لتصرفاته، و لا تثبت له الكتابه فى قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ» «٢». و كذا النصوص الوارده فى المقام.

---

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ۴۴ ح ١.

(٢) سوره البقره ٢: ١٨٠.

كانت فى دور إفاقته (١). و كذا لا تصحّ وصيّه السكران حال سكره (٢). و لا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثمّ جن، لم تبطل (٣).

---

(١) لتماميه الشرط فى حقه.

(٢) إذا بلغ حد فقد العقل و سلب الإدراك و الشعور، فإنّه يلحق حينئذ بالمجنون و إلّا فلا دليل على اعتبار عدمه، لأن الدليل منحصر فى إلحاقه بالمجنون و هو ليس كذلك.

(٣) كما هو مقتضى صريح كلماتهم و حكمهم بصحّه وصيّه المجنون الأدوارى فى حال إفاقته.

و دعوى أن الوصيّه من العقود الجائزه، و هى تبطل بالجنون المتأخر ما لم يدلّ دليل على عدمه، و هو مفقود فى المقام.

مدفوعه بأنها من الدعاوى التى لم يقم عليها دليل.

نعم، هى ثابته فى موردين: أحدهما من العقود،

و الآخر ليس منها.

فالأوّل: الوكاله، حيث إن الوكيل إنما يجوز له التصرّف فيما جاز للموكل التصرّف فيه، فإذا لم يكن للموكل ذلك للحجر عليه، لم يكن للوكيل أيضاً. و هذا يعنى بطلان الوكاله، و هل هو على الإطلاق، أو أنها تعود بعد ارتفاع الجنون؟ فيه كلام يأتى فى محلِّه.

و الثانى: الإباحه و الإذن، حيث يبطلان بالجنون المتأخر بلا إشكال، باعتبار أنها شرط معتبر فى كل تصرّف حيث لا بدّ من كونها مقارناً له، و هى لا تصحّ من المجنون. إلّا أنها ليست من العقود.

و كيف كان، فثبوت هذه القضيه فى مورد من العقود، لا يقتضى ثبوتها و عمومها لكل العقود الجائزه. و من هنا فلا مجال للحكم بالبطلان فى المقام عند طرو الجنون للموصى بعد الحكم بصحتها.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۳۹

كما أنه لو أُغمى عليه (۱) أو سكر لا تبطل وصيّته. فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصيّه.

[الثالث: الاختيار]

الثالث: الاختيار (۲).

[الرابع: الرّشد]

الرابع: الرّشد، [۱] فلا تصحّ وصيّه السفيه (۳) و إن كانت بالمعروف، سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده. و أمّا المفلس فلا مانع من وصيّته و إن كانت بعد

---

(۱) يظهر الحال فيه مما تقدّم فى الجنون، بناءً على إلحاقه به لا بالنوم.

(۲) إجماعاً، و لرفع القلم عن المكره. حيث قد عرفت فى بعض الأبحاث السابقه أن ظاهر الرفع ارتفاع كل ما يترتب على العمل من الآثار، سواء فى ذلك الكفاره و الحدّ و غيرهما، فيفرض ذلك الإنشاء كالعدم و لا يترتب عليه أثر. و من هنا فيكون دليل الرفع حاكماً على ما دلّ على ثبوت شى ء و ترتبه على ذلك الفعل.

و لا موجب لدعوى اختصاصه بالمؤاخذه خاصه، فإنها دعوى بلا دليل، بل يشهد لبطلانها صحيحه البزنطى عن أبى الحسن (عليه السلام) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما يملك، أ يلزمه ذلك؟ فقال (عليه السلام): «لا، قال رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم): وضع عن أُمتى ما اكرهوا عليه، و ما لم يطيقوا، و ما أخطأوا» «۱».

فإنّ استشهاده (عليه السلام) بنفى الإكراه فى المقام، دليل على عدم اختصاصه بنفى المؤاخذه.

(۳) اختاره العلامه (قدس سره) «۲» و جمله من الأصحاب. و كأنّ الوجه فيه إطلاق ما دلّ على الحجر على السفيه و أنه لا يجوز أمره، فإنّ مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين ما إذا كانت بالمعروف و عدمه، و بين ما إذا حكم الحاكم بحجره و عدمه.

---

[۱] فى اعتباره إشكال، و الاحتياط لا يُترك.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۳ كتاب الأيمان، ب ۱۲ ح ۱۲.

(۲) انظر مختلف الشيعه ۶: ۳۶۳ مسأله ۱۴۱.

....

لكن عن جامع المقاصد أنّ المشهور بين الأصحاب جواز وصيّه السفيه فى البر و المعروف «۱».

و الصحيح أن أدله الحجر قاصره الشمول لوصيّه السفيه. أما الآيه الكريمه «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ» «۲» فهى ناظره إلى دفع أموالهم إليهم ليتصرفوا فيها كيف يشاؤون، فهى منصرفه عن الوصيّه و لا تنظر إليها. و لا يبعد دعوى ذلك فى نصوص الحجر أيضاً.

و لعل الوجه فيه أن هذا الجعل (الحجر) إنما هو لمصلحه السفيه و مراعاه حفظ أمواله، و إلّا فهو مالك له بلا إشكال، فيختص بتصرفاته فيها حال حياته حيث تكون الأموال مملوكه له، و لا تشمل بعد مماته لأنها تنتقل عنه إلى غيره لا محاله و بناءً على صحّه وصيّته تنتقل إلى الموصى له فى الوصيّه التمليكيه، و تبقى فى ملكه فى العهديه. و من هنا لا يكون فى الحجر عليه من هذه الجهه أى امتنان عليه، بل يكون هو خلاف الامتنان فى حقه.

و يؤيده معتبره أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: سأله أبى و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال «حَتّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»*. قال: و ما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشره سنه أو أقل أو أكثر و لم يحتلم؟ قال: «إذا بلغ و كتب عليه الشى ء جاز أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» «۳».

فإنها ظاهره فى اختصاص الحجر على السفيه بما يكون عليه، فلا يشمل ما لا يكون كذلك، و الوصيّه منها كما عرفت. و لذا يصح قبوله للوصيّه له بلا خلاف فيه فيما نعلم و إن كان المال لا يدفع إليه.

كما يؤيِّده معتبره محمّد بن مسلم

كما فى التهذيب عن أحدهما (عليهما السلام)

---

(۱) جامع المقاصد ۱۰: ۳۳.

(۲) سوره النساء ۴: ۶.

(۳) الوسائل، ج ۱۸ كتاب الحجر، ب ۲ ح ۵.

حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء (۱) لتقدّم الدَّين على الوصيّه.

[الخامس: الحرِّيّه]

الخامس: الحرِّيّه، فلا تصحّ وصيّه المملوك، بناءً على عدم ملكه و إن أجاز مولاه (۲). و كذا بناءً على ما هو الأقوى من ملكه، لعموم أدلّه الحجر (۳)، و قوله

قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيّته و إن لم يحتلم» «۱». فإنّ ظاهرها كون العبره فى النفوذ بالعقل خاصه، و من غير اعتبار للرشد.

إذن فما نسب إلى المشهور من نفوذ وصيّه السفيه هو الصحيح.

ثمّ إن مقتضى ما تقدّم عدم الفرق بين وصيّته بالمعروف أى ما يكون راجحاً شرعاً و غيره، فتنفذ وصيّته و إن تعلّقت بالمباح.

نعم، لا تصحّ الوصيّه بما يخالف الكتاب و السنه، إلّا أنه لا يختص بالسفيه.

(۱) و اختصاص الحجر عليه بالتصرف المزاحم لحقهم، فحاله حال من أوصى و عليه ديون مستوعبه لجميع أمواله و بعد لم يحجر عليه.

(۲) حيث لا تكون من الوصيّه الفضوليه كى تصحّ بإذن مولاه، لأنها إنما تكون فضوليه فيما لو علق التمليك على وفاه المولى. و أما إذا علقه على وفاته هو كما هو المفروض، فلا تصحّ حتى مع إجازه المولى، إذ لا يصحّ تعليق الملكيه على وفاه غير المالك.

(۳) كقوله تعالى «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ» «۲».

و صـحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السـلام) أنه قال فى المملوك: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا

وصيّه، إلّا أن يشاء سيِّده» «۳».

---

(۱) تقدّمت فی ص ۳۳۵ ه ۲.

(۲) سوره النحل ۱۶: ۷۵.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۷۸ ح ۱.

(علیه السلام): «لا وصیّه لمملوک» (۱) بناءً علی إراده نفی وصیّته لغیره (۲) لا نفی الوصیّه له. نعم، لو أجاز مولاه صحّ (۳) علی البناء المذکور.

هذا کلّه مضافاً إلی ما دلّ علی نفوذ وصیّه المکاتب بحساب ما أعتق منه کصحیحه محمّد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السلام)، قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی مکاتب قضی بعض ما کوتب علیه، أن یجاز من وصیّته بحساب ما أُعتق منه. و قضی فی مکاتب قضی نصف ما علیه فأوصی بوصیّه، فأجاز نصف الوصیّه. و قضی فی مکاتب قضی ثلث ما علیه فأوصی بوصیّه، فأجاز ثلث الوصیّه» «۱» فإنها تدلّ علی عدم نفوذ وصیّه العبد.

(۱) رواه الشیخ بإسناده عن الحسین بن سعید، عن علی بن حدید، عن جمیل بن دراج، عن أحدهما (علیهما السلام) «۲».

و قد ردّه صاحب الجواهر (قدس سره) لضعف سنده بعلی بن حدید «۳». لکن ناقش فیه بعضهم بأنّ الأظهر وثاقته، لکننا لا نعلم له وجهاً، فإنه لم یرد فی شی ء من النصوص مدحه فضلًا عن توثیقه، إلّا روایتین هما ضعیفتا السند، فلا تصلحان للاعتماد علیهما. نعم، ورد ذکره فی أسناد کامل الزیارات و تفسیر علی بن إبراهیم. فعلی ما اخترناه من وثاقه کل من یقع فی إسنادهما فلا بأس بتوثیقه، لولا أن الشیخ (قدس سره) قد ذکر فی مواضع من کتابیه أنه ضعیف جدّاً «۴» فإنه یمنع من الحکم بوثاقته.

(۲) أی بمعنی کون إضافته إضافه إلی الفاعل کما هو الظاهر، لا إضافه إلی

المفعول.

(٣) كما صرّحت به صحيحه محمّد بن قيس المتقدِّمه.

و كذا الحال فيما لو أوصى من دون إجازه المولى ثمّ أمضاها السيد، حيث يشملها

---

(١) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ٨١ ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩ كتاب الوصايا، ب ٧٨ ح ٢.

(٣) الجواهر.

(۴) راجع التهذيب ٩: ١۶٩/ ۶٨٨.

و لو أوصى بماله ثمّ انعتق و كان المال باقياً فى يده صحّت (١) على إشكال [١] (٢). نعم، لو علّقها على الحرِّيّه، فالأقوى صحّتها (٣). و لا يضرّ التعليق المفروض

تعليله (عليه السلام) فى صحيحه زراره الوارده فى نكاح العبد من دون إذن مولاه من: «أنه لم يعص اللّه، و إنما عصى سيِّده، فإذا أجازه جاز» «١» فإن مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالنكاح. و حينئذ فيحكم بالصحّه فيما نحن فيه أيضاً، و نتيجه ذلك هو القول بأن الإجازه المعتبره أعمّ من الحدوث و البقاء، بمعنى أن المصحِّح للعقد هو الأعمّ من الإذن السابق و الإجازه اللّاحقه.

(١) و كأنّ الوجه فيها هو زوال المانع، بعد عدم الدليل على مانعيه الرقيه على الإطلاق و البطلان إلى الأبد، إذ الدليل يختص بما دام رقاً.

(٢) قوى جدّاً، لأن مقتضى إطلاقات أدلّه اعتبار الحريه و عدم نفوذ وصيّه العبد إلّا بإذن مولاه أو إمضائه كصحيحه محمد بن قيس، عدم الفرق فى البطلان بين تحرره و بقائه على الرقيه، فتكون كوصيّه الصبى قبل بلوغه عشراً، فإنها حين وقوعها لم تكن محكومه بالصحّه، فالحكم بصحّتها بعد ذلك يحتاج إلى الدليل و هو مفقود، بل مقتضى إطلاق صحيحه محمّد بن قيس عدم تأثير الحريه المتأخره فى نفوذها.

نعم، لو أمضاها بعد حريته حكم بصحّتها، نظراً إلى أن إمضاءها لها بمنزله

وصيّه جديده.

(۳) بل الأقوى فسادها، لأن المراد بالتعليق إن كان هو ما يكون على نحو الشرط المتأخر، بمعنى كون الوصيّه فعليه و كون المعلق عليه أمراً متأخراً، فلا حاجه فى إثبات بطلانها إلى دعوى أن التعليق يقتضى البطلان، فإنه و إن لم نقل بذلك فإنّ الروايات الوارده فى المقام كصحيحه محمد بن قيس تكفينا فى الحكم ببطلانها، إذ أن المستثنى فيها إنما هو خصوص فرض مشيئه السيِّد، و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين الوصيّه المعلقه و غيرها.

---

[۱] الإشكال قوى فيه و فيما بعده، نعم إذا أجازها بعد العتق صحّت و إن لم يجزها المولى.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۱ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد و الإماء، ب ۲۴ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۴۴

كما لا يضرّ إذا قال: هذا لزيد إن متّ فى سفرى (۱). و لو أوصى بدفنه فى مكان خاصّ لا يحتاج إلى صرف مال، فالأقوى الصحّه (۲). و كذا ما كان من هذا القبيل.

و إن كان هو ما يكون من قبيل الشرط المقارن، بأن ينشئ العبد من الآن الوصيّه المتأخره عن حريته، بحيث لا يكون بالفعل غير الإنشاء و أما المنشأ فظرفه هو الزمان الآتى، فمثل صحيحه محمد بن قيس و إن لم يقتض بطلانها حيث إن المنع و الحجر إنما يتعلقان بنفس المنشأ دون اللفظ و الصيغه، فإنه لا دليل على حجره بالنسبه إليهما أيضاً، إلّا أن مثل هذا التعليق مبطل جزماً بل هو القدر المتيقن من التعليق المبطل. و لا يقاس ذلك بتقييد الموصى له بكونه عالماً أو خيراً، على ما سيأتى توضيحه.

إذن فالصحيح بطلان مثل هذه الوصيّه من العبد، سواء أ كان التعليق من قبيل الشرط المتأخر أم كان

من قبيل الشرط المقارن، ما لم ينشئ وصيّه جديده بعد العتق و لو بإمضائه للوصيّه الأولى.

(١) ما أفاده (قدس سره) يعد من غرائب ما صدر منه رحمه اللّه. فإنّ التعليق على الموت مقوم لعنوان الوصيّه، سواء أ كان تعليقاً على مطلق الموت و طبيعيه أم كان تعليقاً على موت خاصّ، فلا يقاس على التعليق على الحريه.

و دعوى أنه لا دليل على بطلان الوصيّه بالتعليق، فإنها لا تقاس بسائر العقود، إذ لا مانع من تعليقها على كون الموصى لهم طلبه أو متدينين أو سكنه مدينه معينه.

مدفوعه بأنها أيضاً من غرائب الكلام. فإن التقييد ليس من التعليق فى الوصيّه بل هى مطلقه و غير معلّقه على شى ء، غايه الأمر أن الموصى له قد يكون مطلقاً و قد يكون مقيداً بصنف أو نوع معيّن، فالتقييد إنما يكون فى الموضوع خاصّه. و هذا بخلاف ما نحن فيه، حيث إن تقييد الوصيّه بالحريه يرجع إلى تعليقها عليها، بمعنى أنه إن كان حرّا فقد أوصى، و إن لم يكن كذلك فهو لم يوص.

(٢) لم يظهر لنا وجه أقوائيه الصحّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣۴۵

[السادس: أن لا يكون قاتل نفسه]

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث فى نفسه ما يوجب هلاكه، من جرح أو شرب سمّ أو نحو ذلك، فإنّها لا تصحّ وصيّته على المشهور (١) المدَّعى عليه الإجماع، للنصّ الصحيح الصريح (٢) خلافاً لابن إدريس

فإنّ إطلاقات الحجر محكمه و شامله للمقام، كقوله تعالى «ضَرَبَ اللّٰهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لٰا يَقْدِرُ عَلىٰ شَيْ ءٍ» «١» فإنّ الوصيّه «شى ء». كما يشهد له استشهاد الامام (عليه السلام) فى صحيحه زراره لبطلان طلاق العبد بالآيه الكريمه «٢».

و صحيحه محمد بن قيس المتقدِّمه عن أبى جعفر

(عليه السلام) أنه قال فى المملوك: «ما دام عبداً فإنه و ماله لأهله، لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيّه، إلّا أن يشاء سيده» «۳».

فإنّ مقتضى إطلاق نفى نفوذها من دون مشيئه السيد، عدم الفرق بين الوصيّه بالمال و الوصيّه بغيرها.

و دعوى انصرافها إلى الوصيّه بالمال، لا وجه لها.

(۱) بل المتسالم عليه فى الجمله، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد غير ابن إدريس «۴» و تبعه بعض.

(۲) و هو صحيح أبى ولاد، قال: سمعت أبا عبد اللّه (عليه السلام) يقول: «من قتل نفسه متعمداً فهو فى نار جهنم خالداً فيها». قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيّه ثمّ قتل نفسه من ساعته، تنفذ وصيّته؟ قال: فقال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً فى نفسه من جراحه أو قتل أُجيزت وصيّته فى ثلثه، و إن كان أوصى بوصيّه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو قتل لعلّه يموت لم تجز وصيّته» «۵».

---

(۱) سوره النحل ۱۶: ۷۵.

(۲) الوسائل، ج ۲۲ كتاب النكاح، أبواب مقدماته و شرائطه، ب ۴۵ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۷۸ ح ۱.

(۴) السرائر ۳: ۱۹۷.

(۵) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۵۲ ح ۱.

و تبعه بعض. و القدر المنصرف إليه الإطلاق الوصيّه بالمال (۱). و أما الوصيّه بما يتعلّق بالتجهيز و نحوه مما لا تعلّق له بالمال، فالظاهر صحّتها.

كما إنّ الحكم مختصّ بما إذا كان فعل ذلك عمداً (۲) لا سهواً أو خطأً، و برجاء أن يموت (۳) لا لغرض آخر، و على وجه العصيان (۴) لا مثل الجهاد فى سبيل اللّه. و بما لو مات من

ذلك.

و أمّا إذا عوفى ثمّ أوصى، صحّت وصيّته بلا إشكال (۵). و هل تصحّ وصيّته

---

(۱) ربّما يقال: إن الصحيح مختصّ بالمال، بقرينه قوله (عليه السلام): «فى ثلثه». و معه فلا وجه لدعوى الانصراف، فإنه أساساً لا يشمل الوصيّه بغير المال.

و فيه: أن قوله (عليه السلام): «فى ثلثه» قيد لصوره تقدّم الوصيّه على الحدث فى النفس، و أما صوره تأخرها عنه التى هى محلّ الكلام فهى مطلقه و غير مقيّده بالثلث.

و بعباره اخرى: إن قوله (عليه السلام): «فى ثلثه» قيد لفرض جواز الوصيّه و أما فرض عدم جوازها فهو مطلق من هذه الناحيه.

نعم، الحكم فى هذا الفرض منصرف إلى الوصيّه الماليه، بقرينه تقييده لفرض النفوذ بالثلث، فلا مانع من الالتزام بنفوذها فى غيره.

(۲) و ذلك لا لقوله (عليه السلام) فى صدر الصحيحه: «من قتل نفسه متعمداً فهو فى نار جهنم خالداً فيها» فإنّ من المحتمل أن يقال باختصاص هذا الحكم بالذات بالمتعمد، و أما عدم نفوذ وصيّته فهو غير مقيد بالتعمد، و إنما لقوله (عليه السلام): «لعلّه يموت» فإنه صريح فى الإتيان بالفعل عمداً لا سهواً أو خطأً.

(۳) لقوله (عليه السلام): «لعله يموت». و من هنا فلو لم يكن الفعل لهذا الغرض فلا تشمله الصحيحه، و إن ترتّب الموت عليه من باب الاتفاق.

(۴) للانصراف العرفى و لو بقرينه صدر الصحيحه، حيث حكم (عليه السلام) بأنه فى نار جهنم خالداً فيها.

(۵) بل الظاهر أن المسأله متفق عليها. و ذلك لظهور صحيحه أبى ولاد فى كون

قبل المعافاه؟ إشكال (۱). و لا يلحق التنجيز بالوصيّه (۲). هذا و لو أوصى قبل أن يحدث فى نفسه ذلك ثمّ أحدث صحّت وصيّته، و إن

كان حين الوصيّه بانياً على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدِّم (٣) مضافاً إلى العمومات.

الوصيّه مقارنه لاحتمال الموت من قبل ذلك الحدث، فلا تشمل ما إذا عوفى من الحدث و أوصى فى حال الصحّه، فإنّ الحدث السابق يكون حينئذ كالعدم.

(١) منشأه أن مقتضى صدر الصحيحه أن موضوع الحكم هو القاتل نفسه، فلا يشمل ما نحن فيه، لأن المفروض أنه عوفى منه، و إن كانت وصيّته فى زمان يحتمل فيه الموت نتيجه للحدث.

فى حين إن مقتضى ذيلها، أعنى قوله (عليه السلام): «و إن كان أوصى بوصيّه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيّته» هو عدم نفوذها سواء أ تعقبها الموت أم لم يتعقبها. فالموضوع فى عدم النفوذ هو المقدم على قتل نفسه من غير اعتبار لتحقق الموت فى الخارج.

و الثانى هو الأقوى، و يدلّنا عليه مضافاً إلى ظاهر الصحيحه شمولها لمن أحدث فى نفسه حدثاً لعله يموت ثمّ مات بسبب آخر غير ذلك الحدث، كقتل غيره له أو الزلزله أو نحوهما، قبل المعافاه منه، فإنه لم يلتزم أحد من الفقهاء بصحّه وصيّته، بل لا يحتمل الحكم بنفوذها بدعوى أنه لم يمت بسبب ذلك الحدث. حيث يستكشف منه أنه لا يعتبر فى عدم نفوذ وصيّته تعقبها للموت نتيجه للفعل، بل هى ملغاه فى هذه الحاله عقوبه له، فتعتبر كالعدم ما لم ينشئ وصيّه جديده بعد المعافاه.

(٢) نظراً لكون الحكم فى مورد الصحيحه على خلاف القاعده، فلا وجه لقياس غيرها من التصرّفات عليها.

(٣) فإنّ مقتضى إطلاق قوله (عليه السلام): «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً فى نفسه من جراحه أو قتل أُجيزت وصيّته فى ثلثه» عدم الفرق بين كونه بانياً

على قتل نفسه حين الوصيّه و عدمه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۴۸

[مسأله ۱۱: يصحّ لكل من الأب و الجدّ الوصيّه بالولايه على الأطفال مع فقد الآخر]

[۳۹۰۹] مسأله ۱۱: يصحّ لكل من الأب و الجدّ الوصيّه بالولايه على الأطفال (۱) مع فقد الآخر، و لا تصحّ مع وجوده (۲).

---

(۱) بلا خلاف فيه بين الأصحاب. و تدلّ عليه جمله من النصوص عمدتها معتبره محمد بن مسلم الوارده فى المضاربه عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيّه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أنّ أباهم قد أذن له فى ذلك و هو حيّ» «۱».

فإنّ مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربه، و شموله لكل ما كان له التصرف فيه فى حياته. ثمّ إنها و إن كانت وارده فى الأب، إلّا أنّ الحكم ثابت للجدّ أيضاً، نظراً لأقوائيه ولايته من ولايه الأب، على ما تقدّم فى كتاب النكاح.

هذا و يمكن أن يستدلّ على الحكم بما دلّ على أنّ عقده النكاح بيد الأب و الجدّ بدعوى أنه إذا ثبت ذلك فى النكاح ثبت فى الأموال بالأولويه القطعيه، باعتبار أنّ أمر الزواج أهمّ من غيره جزماً.

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه، و لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد.

(۲) بلا خلاف فيه بين الأصحاب.

و استدلّ له بأنه ليس لدليل ثبوت الولايه إطلاق يشمل هذه الصوره أيضاً.

إلّا أنّ الأولى أن يستدلّ له بأنّ ولايه الأب و الجد بمقتضى دليلها ولايه مطلقه و غير مقيّده. و من هنا فلا تنسجم مع جعل الولايه لغيرهما مع وجود واحد منهما فى عرضه، حيث إنّ مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك الغير قبل تصرّفه.

فهو نظير ما ذكرناه فى باب الأوامر، من أنّ مقتضى إطلاق الأمر كونه تعيينياً لا تخييرياً، باعتبار أنّ جعل البدل له ينافى إطلاقه.

ففيما نحن فيه، إطلاق الدليل ينافى كون الولى هو الجامع بين الباقى منهما و وصى الآخر، بل مقتضاه كون الباقى هو الولى لا غير.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۲ ح ۱.

كما لا يصحّ ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعى (۱) فإنّه بعد فقدهما له الولايه عليهم ما دام حيّاً، و ليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب و الجدّ مع وجود الآخر.

و لا ولايه فى ذلك للُام (۲) خلافاً لابن الجنيد، حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيده (۳).

و على ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال، و جعل أمره إلى غير الأب و الجدّ و غير الحاكم، لم يصحّ (۴). بل يكون للأب و الجد مع وجود أحدهما، و للحاكم مع فقدهما. نعم، لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثمّ يملكه لهم بعد بلوغهم، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم، يمكن أن يقال بصحّته (۵) و عدم رجوع أمره إلى الأب و الجدّ أو الحاكم.

---

(۱) لقصور دليل ولايته، لأنها إنما ثبتت له من باب كون الفعل مما لا بدّ من تحققه فى الخارج و يرغب الشارع فى حصوله و هو يحتاج إلى من يقوم به، و القدر المتيقن منه هو الحاكم الشرعى، فإنه يختص بحال حياته و ما دام حاكماً شرعياً، فلا يشمل إيصاءه لغيره بالولايه بعد مماته.

(۲) بلا إشكال فيه، لعدم

الدلیل علی ثبوت الولایه لها فی عرض الأب و الجدّ أو طولهما.

(۳) و لم یظهر لنا دلیله.

(۴) حیث لا یصحّ لأحد التشریع و جعل حکم لم یکن ثابتاً فی الشریعه المقدّسه فإنّ الولایه علی أموالهم منحصره بالمذکورین، فلا یصحّ جعلها لغیرهم.

(۵) بل هو المتعیّن، لأنه حینئذ لیس بمال للأطفال أو حقّ لهم، و إنما هو مال للمیت و باق علی ملکه، غایه الأمر أنه أمر وصیه بصرفه علیهم أو تملیکهم بعد بلوغهم إیّاه، و هذا لا مانع منه حتی مع وجود الأبوین.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۵۰

[فصل فی الموصی به]

اشاره

فصل فی الموصی به تصحّ الوصیّه بکل ما یکون فیه غرض عقلائی محلل، من عین، أو منفعه، أو حقّ قابل للنقل (۱). و لا فرق فی العین بین أن تکون موجوده فعلًا أو قوه. فتصحّ الوصیّه بما تحمله الجاریه أو الدابّه أو الشجره (۲) و تصحّ بالعبد الآبق منفرداً (۳) و لو لم یصحّ بیعه إلّا بالضمیمه.

و لا تصحّ بالمحرّمات (۴) کالخمر و الخنزیر و نحوهما، و لا بآلات اللهو، و لا بما

فصل فی الموصی به

(۱) لإطلاقات أدلّه الوصیّه، و عمدتها قوله تعالی «کُتِبَ عَلَیْکُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَکُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَکَ خَیْراً الْوَصِیَّهُ» «۱». فإنّ المستفاد منها کون العبره فی نفوذ الوصیّه بصدق ما ترک علی الموصی به، و هو صادق علی الأعیان و المنافع و الحقوق القابله للانتقال التی یخلفها المکلف بعد وفاته.

(۲) للإطلاقات. فإنّ الوصیّه إنما تتعلق بثلث ما ترک لا ثلث ما هو موجود حینها، کما یشهد له تأخر الإرث عنها، و علی هذا الأساس یدخل ما یتجدد له من الملک بعدها فیها.

نعم، لو أوصی بثلث ما هو موجود عنده بالفعل، لم یدخل الملک

المتجدد فی ضمنها.

(۳) لما تقدّم من إطلاق دلیل النفوذ، و عدم الدلیل علی التقیید.

(۴) لأنها لا تکون مملوکه له و لا متعلّقه لحقه، و معه فلا تدخل فی عنوان ما ترک.

---

(۱) سوره البقره ۲: ۱۸۰.

لا نفع فیه و لا غرض عقلائی (۱) کالحشرات و کلب الهراش، و أمّا کلب الصّید فلا مانع منه (۲) و کذا کلب الحائط و الماشیه و الزرع، و إن قلنا بعدم مملوکیه ما عدا کلب الصّید، إذ یکفی وجود الفائده فیها (۳). و لا تصحّ بما لا یقبل النقل من الحقوق (۴) کحق القذف و نحوه. و تصحّ بالخمر المتّخذ للتخلیل (۵).

و لا فرق فی عدم صحّه الوصیّه بالخمر و الخنزیر بین کون الموصی و الموصی له مسلمین أو کافرین أو مختلفین، لأنّ الکفار أیضاً مکلّفون بالفروع [۱] (۶). نعم هم یقرّون علی مذهبهم و إن لم یکن عملهم صحیحاً.

---

(۱) لعدم اعتبار الملکیه أو حقّ الاختصاص له أیضاً.

(۲) لکونه مالًا و مملوکاً علی حد سائر الأموال.

(۳) فإنه یوجب کونه متعلقاً للحق و مختصّاً بمن هو فی یده عند العقلاء، و من هنا فیدخل فی عنوان ما ترک.

(۴) لعدم صدق ما ترک علیه.

(۵) لما تقدّم فی کلب الحائط و الماشیه و الزرع.

(۶) الظاهر أنّ بطلان مثل هذه الوصیّه، لا یتوقّف علی دعوی تکلیف الکفار بالفروع علی حد تکلیفهم بالأُصول، بل هی لا تصحّ حتی بناءً علی ما استظهرناه من بعض النصوص الصحیحه من عدم تکلیفهم بالفروع.

و ذلک لأن الإسلام و إن أقرّهم علی ما هم علیه، فلا یزاحمهم فی بیع الخمر و الخنزیر أو الوصیّه بهما أو انتقالهما إلی الغیر بالإرث، إلّا أن ذلک لا

يعنى الحكم بالصحّه و الأمر بنفوذها بعد ما كان مبغوضاً واقعاً و منهياً عنه شرعاً، بحيث يلزم الوصى بتنفيذها و يحرم عليه مخالفتها. فإنّ بين المسألتين، أعنى إقرارهم على مذهبهم و الحكم بالنفوذ، من البون ما لا يخفى. فهو نظير إيصاء الصبى لصبى مثله بالخمر، فإنّه

---

[۱] الحكم ببطلان الوصيّه بالخمر و الخنزير و لو من الكافر للكافر لعلّه لا يتوقّف على تكليفهم بالفروع.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۵۲

و لا تصحّ الوصيّه بمال الغير و لو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (۱). نعم، لو أوصى فضولًا عن الغير احتمل [۱] صحّته إذا أجاز (۲).

و إن قلنا بصحّه وصيّته، إلّا أن ذلك لا يعنى إلزام الشارع بتنفيذها، نظراً لعدم كونه مكلّفاً بالفروع.

(۱) بلا خلاف ظاهر فيه بين الأصحاب. فإنّ الإجازه إنما تصحّح العقد إذا كان للمجيز القيام بذلك التصرّف بالمباشره، و أما ما ليس له من التصرّفات فليس له أن يجيزه إذا صدر من غيره. و ما نحن فيه من هذا القبيل، فإنّ الوصيّه و إن كانت من العقود المعلّقه، إلّا أنها معلقه على موت نفس المالك، و أمّا تعليقها على موت غيره فلا دليل على نفوذها.

و بعباره اخرى: إنّ التعليق فى التمليك غير جائز، و إنما خرجنا عنه فى التعليق على موت المالك لأدلّه نفوذ الوصيّه، حيث عرفت أنّ قوامها بالتعليق، فيبقى غيره على عموم المنع. فليس للمالك أن يعلّق التمليك على موت غيره، و إذا لم يكن له هذا التصرّف بالمباشره، لم تصح إجازته له إذا صدر من غيره.

(۲) بل هو المتعين، بناءً على ما هو الصحيح، و اختار الماتن (قدس سره) فى حاشيته على المكاسب من كون صحّه العقد الفضولى عند

إجازه من بيده الأمر على القاعده، لأنه و بإجازته لها تنتسب تلك الوصيّه إليه، فتكون وصيّه له حقيقه و إن لم يتلفظ بها مباشره. و عليه فما أفاده الماتن (قدس سره) من الترديد فى الصحّه فى غير محلّه، و المتعيّن هو الحكم بالصحّه بضرس قاطع.

و توهّم أنّ ترديده (قدس سره) ناشئ من كون الوصيّه إيقاعاً على ما صرّح به و الإجماع قائم على عدم جريان الفضوليه فى الإيقاعات.

مدفوع بعدم قيام دليل لفظى على عدم جريان الفضوليه فى الإيقاعات كى يتمسك بإطلاقه، و إنما الدليل يختص بقيام الإجماع على عدم جريانها فى الطّلاق و العتق

---

[١] هذا هو الأظهر.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥٣

[مسأله ١: يشترط فى نفوذ الوصيّه كونها بمقدار الثّلث أو بأقلّ منه]

[٣٩١٠] مسأله ١: يشترط فى نفوذ الوصيّه كونها بمقدار الثّلث أو بأقلّ منه. فلو كانت بأزيد بطلت فى الزائد (١)

حيث يعتبر فيهما لفظ خاص صادر من الزوج أو المولى. و حيث إن الإجماع دليل لبّى و مورده يختص بهذين الإيقاعين، فلا وجه للقول بعدم جريانها و عدم نفوذها بالإجازه فى سائر الإيقاعات، مثل الإبراء و الوصيّه، بل إنّ نفوذها بالإجازه فى المقام أولى من نفوذها بها فى العقود.

فإنّ العقد يتقوّم بالقبول، فيمكن أن يرد عليه أن فى زمان تحقّق القبول لم تكن إجازه، و عند الإجازه لا قبول. بخلاف الإبراء و الوصيّه، حيث لا يعتبر فيها إلّا الاعتبار النفسانى مع إبرازه فى الخارج بمبرز. و من هنا فتكون نفس الإجازه مصداقاً للإبراء أو الوصيّه، فإنها ليست إلّا إبراز الاعتبار النفسانى المتعلق بإسقاط ما فى ذمّه المدين، أو تمليك ماله عند موته لغيره، فيكون نفوذها فى المقام أَولى من نفوذها فى العقود.

و من هنا يظهر الفرق بين هذه الصوره و الصوره السابقه،

حيث تصحّ هذه بإجازه المالك، و لا تصحّ تلك بها.

هذا و قد ذكر شيخنا الأُستاذ (قدس سره) في تعليقته أمراً غريباً لم يكن متوقّعاً من مثله، حيث ذكر أنه: لو كانت الوصيّه بمال الغير قابله لأن تصحّ بالإجازه فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين. فإنّ الفرق بين الصورتين أوضح من أن يخفى كما عرفت، فلا وجه لقياس إحداهما بالأُخرى.

(۱) و النصوص الدالّه عليه كثيره و متضافره، بل قيل إنها متواتره، و لا يبعد دعوى التواتر الإجمالي و صدور بعضها منهم (عليهم السلام) جزماً.

ففي بعضها: «إن كان أكثر من الثّلث ردّ إلى الثّلث» «۱».

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۶۷ ح ۴.

إلّا مع إجازه الورثه بلا إشكال (۱). و ما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً (۲) على تقدير ثبوت النسبه شاذ.

و في بعضها إن أحدهم أوصى بجميع أمواله له (عليه السلام) فبعث إليه، فأخذ (عليه السلام) الثلث و ردّ الباقي «۱».

بل و في بعضها تفسير قوله تعالى «فَمَنْ خٰافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلٰا إِثْمَ عَلَيْهِ» بالزياده على الثلث «۲».

و كيف كان، فالحكم متسالم عليه، حيث لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد غير علي ابن بابويه على خلاف في النسبه و هو شاذّ.

(۱) إذا كانت الإجازه بعد وفاه الموصي، فإن أمر المال حينئذ بيدهم، فلهم أن يفعلوا به ما يشاؤون. و أما إذا كانت في حياته، فقد وقع الخلاف في نفوذها. نعم المشهور هو النفوذ، على ما سيأتي تحقيقه في المسأله الرابعه من هذا الفصل.

(۲) استدل لهذا القول بروايات ثلاث:

الأُولى: روايه محمد بن عبدوس، قال: أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبي محمّد (عليه

السلام)، فكتبت إليه: رجل أوصى إلىّ بجميع ما خلّف لك، و خلّف ابنتى أَخت له، فرأيك فى ذلك؟ فكتب إلىّ: «بع ما خلّف و ابعث به إلى» فبعت و بعثت به إليه، فكتب الىّ: «قد وصل» «۳».

الثانيه: روايه عمار بن موسى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كلّه فهو جائز» «۴».

الثالثه: موثقه على بن الحسن، قال: مات محمد بن عبد اللّه بن زراره و أوصى إلى أخى أحمد بن الحسن، و خلّف داراً و كان أوصى فى جميع تركته أن تباع و يحمل ثمنها

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۷.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۲.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۱۶.

(۴) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۱۹.

و لا فرق بين أن يكون بحصه مشاعه من التركه أو بعين معينه (۱).

إلى أبى الحسن (عليه السلام) فباعها، فاعترض فيها ابن أُخت له و ابن عم له فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشى ء بحضرتى إلى أيوب بن نوح، فأخبره أنه جميع ما خلف، و ابن عم له و ابن أُخته عرض و أصلحنا أمره بثلاثه دنانير، فكتب: «قد وصل ذلك» و ترحّم على الميت، و قرأت الجواب «۱».

و قد ردّها بعضهم بأنها و إن كانت تعارض ما دلّ على أن حدّ الوصيّه الثلث، إلّا أنّ الطائفه الثانيه تترجّح عليها، نظراً لأصحيّه سندها، و أكثريه عددها، و أوضحيه دلالتها، و موافقتها لفتوى الأصحاب ظاهراً.

لكن الظاهر أن الأمر ليس كذلك، فإنّ هذه

الطائفه تقصر عن معارضه تلك أساساً.

فإنّ الروايتين الأُوليين ضعيفتا السند، و إن عُبِّر عنهما فى بعض الكلمات بموثقه محمّد بن عبدوس، و موثقه عمار بن موسى. أما الاولى فلأنّ محمّد بن عبدوس مجهول، و لم يردْ فيه مدح فضلًا عن التوثيق. و أما الثانيه فلأنّ فى طريقها عمر بن شداد على ما فى الكافى و التهذيب «۲» أو عمرو بن شداد على ما فى الفقيه و الاستبصار «۳» و السرى. و الأوّل مجهول، لم يرد فيه مدح فضلًا عن التوثيق. و الثانى مشترك بين أشخاص متعددين، و من ثمّ فمجهول.

و أما الروايه الثالثه فلعلّ الجواب عنها واضح. فإنها أجنبيه عن محلِّ الكلام، فإنّ مفروضها إجازه الوارث للوصيّه نتيجه لأخذه ثلاثه دنانير، فلا تكون معارضه لما دلّ على أن حدّها الثلث، و إلّا فقد وردت جمله من النصوص الدالّه على أنه (عليه السلام) اقتصر على أخذ الثلث فى نظائر هذا المورد.

(۱) بلا خلاف فيه بينهم. و يقتضيه مضافاً إلى إطلاقات الأدلّه صريح جمله

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۱۷.

(۲) الكافى ۷: ۷، التهذيب ۹: ۱۸۷/ ۷۵۳.

(۳) الفقيه ۳: ۱۵۰/ ۵۲۰، الاستبصار: ۴: ۱۲۱/ ۴۵۹.

و لو كانت زائده و أجازها بعض الورثه دون بعض، نفذت فى حصّه المجيز فقط (۱) و لا يضرّ التبعيض، كما فى سائر العقود. فلو خلف ابناً و بنتاً و أوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثه إلّا ثلث من سته (۲). و لو انعكس كان له اثنان و ثلث من سته.

[مسأله ۲: لا يشترط فى نفوذها قصد الموصى كونها من الثّلث الذى جعله الشّارع له]

[۳۹۱۱] مسأله ۲: لا يشترط فى نفوذها قصد الموصى كونها من الثّلث الذى جعله الشّارع له (۳).

فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه، و كانت بقدره أو أقلّ، صحّت. و لو قصد كونها من الأصل، أو من ثلثى الورثه و بقاء ثلثه سليماً

منها، حيث إنّ النصوص التى استدلّ بها على مذهب المشهور وارده فى كلا القسمين.

(۱) كما هو ظاهر النصوص. و دعوى توقف نفوذها فى حصته على إجازه الآخر لحصته، بحيث يكون نفوذ الزائد بالإجازه على نحو الواجب الارتباطى، بعيده عن الفهم العرفى.

(۲) باعتبار أنه يستحق اثنين من سته بمقتضى أصل الوصيّه، فيكون الفارق بينه و بين النصف سهماً واحداً من سته. و حيث إنه مشترك بين الولد و البنت بمقتضى الإرث على نحو التفاضل، يكون مقتضى إجازه الولد نفوذها فى حصته و البالغه ثلثى هذا الواحد.

و منه يظهر الحال فى إجازه البنت للزائد دونه.

(۳) إذ العبره إنما هى بالواقع، و كون الموصى به بمقدار الثلث أو أقل منه بحسب نفس الأمر. و أما قصد العنوان و علم الموصى به أو التفاته إليه، فلا عبره به و لا دخل له فى النفوذ و عدمه، على ما يقتضيه إطلاقات الأدله.

و لذا لو أوصى بعين معتقداً أنها تمام ماله، ثمّ انكشف كونها بمقدار ثلثه أو أقلّ نفذت وصيّته، سواء أ كان الانكشاف قبل موته أم بعده. و العكس بالعكس، فإنه لو أوصى بها معتقداً كونها بمقدار ثلثه أو أقلّ، ثمّ بان كونها أكثر منه، لم تنفذ الوصيّه إلّا فى الثّلث خاصّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۵۷

سليماً، مع وصيّته بالثّلث سابقاً أو لاحقاً، بطلت مع عدم إجازه الورثه (۱).

---

(۱) فى إطلاق كلامه (قدس سره) إشكال، بل منع.

و التحقيق أن يقال: أما فى صوره قصد كونها من ثلثى الورثه مع بقاء ثلثه سليماً فالأمر

كما أفاده (قدس سره). فإنّ الوصيّه بالعين المعينه، مع فرض تحفظه على الثلث و عدم رفع اليد عن الوصيّه به سابقاً أو لاحقاً، تكون من الوصيّه الزائده عن الثلث لا محاله، و حينئذ و بطبيعه الحال يتوقف نفوذها على إجازه الورثه.

و أما فى صوره قصد كونها من أصل المال، فالأمر فى ثلثيها اللّذين يخرجان من ثلثى الورثه أيضاً كذلك. و أما ثلثها الذى يخرج من ثلث الميت، فلم يظهر لنا وجه الحكم ببطلانه، فإنّ للميت أن يعين ثلثه فى أى عين من أعيان أمواله شاء على ما تقدّم لإطلاق الأدلّه، بل لصريح بعضها، و من دون أن يكون فيه أى مخالفه للشرع.

ثمّ إن هذا الذى ذكرناه لا يختص بما إذا كانت له وصيّه بالثلث سابقه على وصيّته بهذه العين، بل يجرى فيما لو أوصى بها أوّلًا ثمّ أوصى بالثلث بعدها. فيقال: إنّ الوصيّه الأُولى تنفذ فى ثلثها الذى يكون من ثلث الوصيّه الثانيه، و أما بالنسبه إلى ثلثيها الآخرين فيتوقف نفوذها على إجازه الورثه، كما هو الحال فيما لو أوصى بكون جميعها من ثلثى الورثه.

و الوجه فيه مع أنّ فى الوصيّه الأُولى لم يكن الموصى به زائداً على الثلث، هو أنّ العبره فى الزياده عن الثلث و عدمها إنما هى بحال الموت لا حال الوصيّه. و لذا لو أوصى بتمام الدار التى لم يكن يملك حين الوصيّه غيرها لزيد، ثمّ رزقه اللّه أموالًا بحيث أصبحت الدار حين موته بمقدار ثلثه أو أقلّ، حكم بنفوذها. كما أنه لو كانت الدار حين الوصيّه ثلث ما يملكه، و لكنها أصبحت حين موته تمام ما يملكه، نفذت الوصيّه فى ثلثها فقط.

و على هذا فلو أوصى أوّلًا بكون عين من

أعيان أمواله لزيد، بقصد كونها من مجموع المال أو خصوص ثلثى الورثه، ثمّ أوصى بعد ذلک بالثلث، انقلبت الوصيّه

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۵۸

بل و كذا ان اتّفق أنه لم يوص بالثّلث أصلًا. لأنّ الوصيّه المفروضه مخالفه للشرع [۱] (۱) و إن لم تكن حينئذ زائده عن الثّلث. نعم، لو كانت فى واجب نفذت لأنّه يخرج من الأصل [۲] (۲) إلّا مع تصريحه بإخراجه من الثّلث.

الاولى عن وصف عدم كونها زائده على الثلث إلى وصف كونها زائده عليه، فكانت وصيّته زائده على الثلث بقاءً و إن لم تكن كذلک حدوثاً، حيث لم تكن له وصيّه بالثلث.

و من هنا فتنفذ الوصيّه فى ثلثها خاصّه، و أما ثلثاها الآخران فيتوقّف نفوذها فيها على إجازه الوارث.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، موسوعه الإمام الخوئى، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

موسوعه الإمام الخوئى؛ ج ۳۳، ص: ۳۵۸

فالمتحصِّل من جميع ما تقدّم، أن إطلاق الماتن (قدس سره) للحكم بالبطلان، لا وجه له و لا يمكن المساعده عليه.

(۱) فيه منع ظاهر، إذ عرفت أن العبره فى الزياده على الثلث إنما هى بحين الموت و هى غير متحققه فى المقام و إن كان الموصى قد قصد هذا العنوان، إلّا أنه لا أثر لقصده هذا. و لذا لو أوصى بداره و كان يعتقد أنها تمام ما يملكه، ثمّ انكشف فى حياته أو بعد وفاته الخلاف و أنها بمقدار ثلثه أو أقلّ، نفذت الوصيّه. فإنّ العبره على ما تقدّم إنما هى بالواقع، لا بقصد كونه من الثلث أو من الزائد عليه.

و بعباره اخرى نقول: إن تعنون هذه الوصيّه بكونها وصيّه زائده على الثلث يتوقّف على

الوصيّه فى مرحله سابقه على هذه الوصيّه أو لاحقه لها بالثلث. و أما مع عدمها، فلا معنى لأنْ يقال بأنها زائده عليه، إذ لا شى ء كى تكون هذه زائده عليه بالقياس إليه.

و عليه فالحكم بالبطلان فى هذه الصوره، لا وجه له و لا دليل عليه.

(٢) مرّ فى بحث الصلاه أنّ هذا الحكم إنما يختص بالواجبات الماليه الواجبه

---

[١] فيه منع ظاهر.

[٢] مرّ أنّ الواجبات الدينيّه كالصّلاه و الصّوم لا تخرج من الأصل، و بذلك يظهر حال المسأله الآتيه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ٣٣، ص: ٣٥٩

[مسأله ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ]

[٣٩١٢] مسأله ٣: إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته، و لم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازه الورثه، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان.

ربّما يقال بالأوّل، و يحمل عليه ما دلّ من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كلّه فهو جائز، و أنه أحقّ بماله ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثانى، لأنّ مقتضى ما دلّ على عدم صحّتها إذا كانت أزيد من ذلك، و الخارج منه كونها بالواجب، و هو غير معلوم (١).

نعم، إذا أقرّ بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢).

بالأصاله كالديون، و منها الخمس و الزكاه و حجه الإسلام. و لا يعمّ الواجبات البدنيه، كالصلاه و الصوم و الواجب بالعارض كالحج المنذور، فإنّ حالها حال غير الواجبات فى الخروج من الثلث خاصه.

(١) فإنّ احتمال كونه مديناً مدفوع بالأصل، كما هو الحال فيما لو لم يكن قد أوصى أصلًا، أو كان قد أوصى بثلثه فى جهه معينه. و عليه فلا يكفى مجرّد الاحتمال فى جواز الإخراج من

الأصل. و أما الإخراج من حيث الوصيّه فكذلک، لکونه خلاف ما دلّ علی عدم نفوذها فی الزائد عن الثّلث.

و بعباره اخری: إنّ الإخراج من أصل الترکه، إما یکون بالوصیّه أو لکونه من الواجبات التی تخرج منه. و الأوّل خلاف النصوص الدالّه علی عدم نفوذ الوصیّه فی الزائد عن الثلث إلّا بإجازه الوارث. و الثانی خلاف الأصل.

و علیه ففی مورد الشک لا ـ یجوز إخراج الزائد، لا ـ من حیث احتمال کونه من الواجبات التی تخرج من الأصل، و لا من حیث الوصیّه.

(۲) بلا إشکال فیه، لقاعده نفوذ إقرار العقلاء علی أنفسهم فإنه منه، و لیس من الإقرار علی الورثه کما قیل، إذ الإرث إنما یترتب علی عنوان ما ترک، و إذا أقرّ

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۶۰

بل و کذا إذا قال: أعطوا مقدار کذا خمساً أو زکاه أو نذراً أو نحو ذلک، و شکّ فی أنها واجبه علیه أو من باب الاحتیاط المستحبی، فإنها أیضاً تخرج من الأصل، لأنّ الظاهر من الخمس و الزکاه الواجب منهما (۱) و الظاهر من کلامه اشتغال ذمّته بهما (۲).

[مسأله ۴: إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصی، فلا إشکال فی نفوذها]

[۳۹۱۳] مسأله ۴: إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصی، فلا إشکال فی نفوذها (۳) و لا یجوز له الرجوع فی إجازته (۴).

الموصی فی حال حیاته بالدین الزم به و أُجبر علی دفعه إذا امتنع عنه، و عندئذ فلا یبقی موضوع لإرث الورثه، أعنی عنوان ما ترک.

و بعباره اخری: إنّ دعوی کون إقرار الموصی هذا إقراراً فی حقّ الورثه، إنما تتم فیما إذا لم یکن لهذا الإقرار أثر إلّا الإخراج من أصل المال، و أما إذا کان له أثر فی حال حیاته کلزوم دفعه و ما شاکله نفذ إقراره، و به

يثبت موضوع يرتفع معه إرث الوارث.

هـذا مضافاً إلى إمكان استفاده الحكم من جمله من النصوص الداله على أنّ الميت إذا كان أوصـى بحجّه، فإن كانت هى حجّه الإسلام خرجت من أصل المال، و إلّا فمن الثّلث «۱» فإنها تدل على أنّ اعتراف الميت فى حياته مسموع و يلزم العمل على وفقه.

(۱) إذ إن غير الواجب لا يكون خمساً أو زكاه، و إنما هو تبرع و هديه.

(۲) فلا أثر يترتب على احتمال الخلاف.

(۳) بلا خلاف فيه بيننا، و لأنهم مالكون للمال حقيقه لانتقاله إليهم بالإرث، فلهم أن يتصرّفوا فيه كيف ما شاؤوا.

(۴) لنفوذ الوصيّه و انتقـال الموصـى به إلى الموصـى له بمجرد الإجـازه، بنـاءً على كون الإجازه تنفيـذاً لعمل الموصـى، على ما سيأتى اختيـاره منـا. و أمـا بنـاءً على كونها هـديه منهم، فلهم الرجوع فيها قبل القبض مطلقاً، و بعـده فيما إذا لم تكن الهبه لازمه بشرط أو لكونها إلى ذى رحم.

---

(۱) الوسائل ۱۹: ۳۵۷ و ۳۵۸ كتاب الوصايا، باب ۴۱ ح ۲۴۷۵۶ و ۲۴۷۵۷.

و أمّا إذا أجاز فى حياه الموصى، ففى نفوذها و عدمه قولان (۱). أقواهما الأوّل، كما هو المشهور، للأخبار (۲)

---

(۱) بل أقوال:

النفوذ مطلقاً.

و عدمه مطلقاً. ذهب إليه المفيد (قدس سره) فى المقنعه «۱» و ابن إدريس (قدس سره) «۲» و غيرهما، باعتبار أنهم أجنبيون عن المـال تمامـاً، و لا حقّ لهم فيه ما دام الموصـى على قيـد الحياه، فلا تكون إجازتهم نافـذه، و لهم الرجوع عنها و المطالبه بالإرث بعد موت الموصى.

و التفصيل بين كون الوصيّه حال المرض فتنفذ إجازتهم، و كونها حال الصحّه فلا.

و التفصيل بين غنى الوارث و فقره، فتنفذ فى الأوّل إذا كانت

الإجازه من غير استدعاء الموصى، و لا تنفذ إذا كانت باستدعائه أو كان الوارث فقيراً.

و لا دليل على شى ء من الأقوال الثلاثه الأخيره.

نعم، القاعده الأوّليه تقتضى عدم نفوذها فى حياه الموصى، لأن الوارث أجنبى حينئذ عن المال. و من هنا فتكون إطلاقات ما دلّ على عدم نفوذ الوصيّه فيما زاد عن الثلث محكمه، حيث إن مقتضاها عدم الفرق بين إجازتهم فى حياه الموصى و عدمه. لكن هذا إنما ينفع على تقدير عدم النص فى المقام، و حيث إنه موجود فلا أثر له.

(۲) منها: صحيحه محمد بن مسلم و التى رواها المشايخ الثلاثه عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، فى رجل أوصى بوصيّه و ورثته شهود فأجازوا ذلک، فلما مات الرجل نقضوا الوصيّه، هل لهم أن يردوا ما أقرّوا به؟ فقال: «ليس لهم ذلک، و الوصيّه جائزه عليهم إذا أقرّوا بها فى حياته» «۳».

---

(۱) المقنعه (مصنّفات الشيخ المفيد) ۱۴: ۶۶۹، ۶۷۰.

(۲) السرائر ۳: ۱۸۵، ۱۹۴.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۳ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۶۲

المؤيده باحتمال كونه ذا حقّ فى الثلثين (۱) فيرجع إجازته إلى إسقاطه حقّه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالّه على أن ليس للميت من ماله إلّا الثلث.

و منها: صحيحه منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل أوصى بوصيّه أكثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلک له، قال: «جائز» «۱».

فإنهما صحيحتا السند و صريحتا الدلاله، و معهما فلا أثر للرجوع إلى القاعده و إطلاقات ما دلّ على عدم نفوذ الوصيّه فيما زاد عن الثلث.

ثمّ إنه لا فرق فى المقام بين كون الإجازه سابقه على الوصيّه أو لاحقه لها، و إن كان

مورد الصحيحتين هو الثانی. فإنه إذا صحت الوصيّه بالإجازه صحّت بالإذن بطريق أولی، إذ لا يحتمل أن يكون لتأخره دخل فی التأثير، فإنّ العبره إنما هی بالرضا مع إبرازه فی الخارج.

(۱) و فيه: أنّ هـذا الاحتمال ساقط جزماً، و ذلک لما عرفت من أنّ العبره فی الثلث أو الزياده عليه، إنما هی بحال الموت لا حال الوصيّه.

و عليه فإذا فرضنا تحقق الموت بعد الوصيّه بلا فصل، لكانت هذه الدعوی ممكنه و إن لم يكن دليل عليها. و أما إذا فرضنا الفصل بينهما، فلا حقّ لهم فيه جزماً، لأنه حينها ليس فی حال المرض أو الموت کی يقال بأنّ لهم حقاً فيه، لا سيما إذا كانت ملكيته لبعض الأموال متأخره عن الوصيّه، فإنه حينئذ لم يكن لنفس الموصی حق فيه فضلًا عن ورثته.

و أما النصوص التی لم يستبعد (قدس سره) استفاده ذلک منها، فهی أجنبيه عن المقام، حيث إنها لا تدلّ إلّا على أنه ليس للموصی الوصيّه بأزيد من الثلث، و أما كون ذلک نتيجه لثبوت حق للورثه فی الثلثين الآخرين، فلا دلاله فيها على ذلک بالمرّه.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۳ ح ۲.

هذا و الإجازه من الوارث تنفيذ لعمل الموصی (۱) و ليست ابتداء عطيه من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصی أوّلًا، ثمّ ينتقل إلى الموصى له بل و لا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصی من الأوّل.

---

(۱) خلافاً لما ذهب إليه جماعه من الأصحاب، منهم صاحب الحدائق (قدس سره) حيث يظهر منه الميل إليه «۱».

و هو و إن كان مقتضی القاعده، فإن مقتضی ما دلّ على

بطلان الوصيّه فى الزائد عن الثلث و عدم نفوذها، انتقاله إلى الورثه و كونه ملكاً لهم على حد سائر أموالهم غايه الأمر أنا خرجنا عنها فى فرض إجازتهم للزائد فى حياته لصحيحتى محمّد بن مسلم و منصور بن حازم المتقدمتين، فيبقى الباقى بما فى ذلك فرض إجازتهم له بعد وفاته على القاعده، فيحكم ببطلانها فيه و انتقاله إليهم. نعم، لهم صرف المال فيما أوصى به الميت، باعتبار أنّ للمالك السلطنه فى صرف ماله كيف ما يشاء.

إلّا أنه إنما يتمّ فيما إذا لم يكن دليل يقتضى رفع اليد عن القاعده فى المقام أيضاً و حيث إنه موجود فلا مجال للتمسك بالقاعده. فإنه يمكن أن يستدل عليه بالأولويه القطعيه، فإنّ الوصيّه إذا نفذت بإجازتهم لها فى حال حياته مع كونهم أجنبيين عن المال بالكليه، فنفوذها بإجازتهم بعد أن أصبحوا مالكين له يكون بطريق أوْلى.

هذا مضافاً إلى النصوص التى يمكن استفاده ذلك منها.

ففى صحيحه أحمد بن محمد، قال: كتب أحمد بن إسحاق إلى أبى الحسن (عليه السلام): إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاصاً فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحببنا إنهاء ذلك إلى سيّدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصيّه على وجهها أمضيناها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء اللّه. قال: فكتب (عليه السلام) بخطّه: «ليس يجب لها فى تركتها إلّا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزاً لكم إن شاء

---

(۱) الحدائق ۲۲: ۴۲۴ و ۴۲۵.

[مسأله ۵: ذكر بعضهم: أنه لو أوصى بنصف ماله مثلًا فأجاز الورثه]

[۳۹۱۴] مسأله ۵: ذكر بعضهم: أنه لو أوصى بنصف ماله مثلًا فأجاز الورثه،

ثمّ قالوا: ظننا إنه قليل، قضى عليهم بما ظنّوه، و عليهم الحلف على الزائد. فلو قالوا: ظننا أنه ألف درهم، فبان أنه ألف دينار، قضى عليهم بصحّه الإجازه فى خمسمائه درهم، و أُحلفوا على نفى ظنّ الزائد. فللموصى له نصف ألف درهم من التركه و ثلث البقيه، و ذلک لأصاله عدم تعلّق الإجازه بالزائد، و أصاله عدم علمهم بالزائد.

بخلاف ما إذا أوصى بعين معينه كدار أو عبد فأجازوا، ثمّ ادعوا أنهم ظنّوا أنّ ذلک أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير فإنه لا يسمع منهم ذلک، لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلوم، و هو الدار أو العبد.

اللّه» «۱».

حيث إن الظاهر منها أن التفضل انما هو إمضاء الوصيّه لا إهداء المال إليه (عليه السلام)، و يؤكّده قوله (عليه السلام): «و كنتم الورثه» فإنّ تقييده (عليه السلام)، بذلک لا معنى محصل له غير كون حق إجازه الوصيّه لهم، و إلّا فهبه المال جائزه، سواء أ كان قد استحصله عن طريق الإرث أم من غيره.

و صحيحه على بن الحسن، قال: مات محمد بن عبد اللّه بن زراره و أوصى إلى أخى أحمد بن الحسن، و خلف داراً و كان أوصى فى جميع تركته أن تباع و يحمل ثمنها إلى أبى الحسن (عليه السلام) فباعها، فاعترض فيها ابن أخت له و ابن عم له فأصلحنا أمره بثلاثه دنانير، و كتب إليه أحمد بن الحسن و دفع الشى ء بحضرتى إلى أيوب بن نوح فأخبره أنه جميع ما خلف، و ابن عم له و ابن أُخته عرض و أصلحنا أمره بثلاثه دنانير فكتب: «قد وصل ذلک» و ترحّم على الميت و قرأت الجواب «۲».

حيث إنها تدلّنا على نفوذ الوصيّه بتمام المال إذا

أمضاها الوارث بعد الموت.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۱ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۲۱ ح ۱۷.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۶۵

و منهم من سوى بين المسألتين فی القبول. و منهم من سوى بينهما فی عدم القبول. و هذا هو الأقوى (۱) أخذاً بظاهر كلامهم فی الإجازه، كما فی سائر المقامات. كما إذا أقرّ بشی ء ثمّ ادعى أنّه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثمّ ادعى أنه ظنّ كذا، فإنه لا يسمع منه.

ثمّ إن ثمره هذا الخلاف تظهر فيما لو مات الوارث أو الموصى له بعد الإجازه و قبل القبض. فعلى ما مال إليه صاحب الحدائق (قدس سره) ينتقل المال إلى ورثه الوارث المجيز، حيث إن الهبه لا تصحّ إلّا بالقبض و هو غير متحقّق، فيكون المال باقياً على ملك الواهب، و بموته ينتقل إلى ورثته. و أما على ما اخترناه ينكشف بمجرد الإجازه ملك الموصى له للزائد من حينها.

(۱) بل الأقوى هو التفصيل بين الوصيّه بعين معينه، و بين الوصيّه بالسهام كالنصف و الثلثين و نحوهما.

ففی الأُولى: يحكم بنفوذها من دون أن يكون للورثه حق نقضها، و ذلك لإجازتهم لها، و انتقال الموصى به إلى ملك الموصى له. و اعتقادهم أنها تسوى كذا فضلًا عن ظنهم لا أثر له، لأنه من قبيل تخلف الداعی و هو لا يوجب بطلان الإجازه. كما هو الحال فی الهبه اللازمه، فإنه لو وهب لزيد عيناً باعتقاده أنها لا تسوى إلّا مائه درهم، ثمّ انكشف له أنها تسوى ألف درهم، فإنّ ذلك لا يوجب بطلان الهبه و جواز رجوعه فيها، لأنه ليس إلّا من قبيل تخلف الداعی، و هو لا

يقتضى البطلان.

و فى الثانيه: فلا بدّ من التفصيل أيضاً بين ما إذا كان المراد من النصف هو النصف الخارجى على نحو الاشتراک، بأن يكون الموصى له شريكاً للورثه فى نصف ما تركه الموصى عيناً، و إن كان ذلك نادراً جدّاً. و ما إذا كان المراد به الشركه فى الماليه بتلك النسبه، كما هو الغالب فى الوصيّه، لا أن يكون الموصى له شريكاً للورثه فى عين المال، نظير ما تقدّم منا اختياره فى باب الزكاه.

فإن كانت الوصيّه من النحو الأوّل، فهى ملحقه بالوصيّه بعين معينه، حيث يحكم

بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم فى دعواهم [۱] (۱) إلّا إذا علم كون إجازتهم مقيده بكونه بمقدار كذا (۲) فيرجع إلى عدم الإجازه. و معه يشكل السّماع [۲] (۳) فيما ظنّوه أيضاً.

بنفوذها من غير تأثير لظنهم قلّه الزائد أو كثره التركه، فإنه من تخلف الداعى، و هو لا يوجب بطلان الإجازه. بل الحال كذلك حتى مع تيقنهم لقله الزائد، فإنه لا أثر لانكشاف الخلاف، كما هو الحال فى الهبه اللازمه.

و إن كانت الوصيّه من النحو الثانى، فإن علمنا بصدق دعواهم، فلا مجال للقول بعدم سماعها، لأنهم إذا اعتقدوا كون التركه ألف درهم فقط فأجازوا الوصيّه بالنصف، فإنهم إنما أجازوا الخمسمائه درهماً خاصه، فإذا انكشف كونها ألف دينار فهم لم يمضوا الخمسمائه دينار، و معه فكيف تكون نافذه فيها.

و منه يظهر أنه مع الشک فى صدق دعواهم و عدمه، لا ترد بقول مطلق بحيث تنفذ عليهم مطلقاً، بل هى مسموعه و إن كانت تحتاج فى مقام القضاء إلى الإثبات، حيث إنها على خلاف الظاهر. فإن أثبتوها فهو، و إلّا مضت الإجازه

عليهم.

(۱) قد عرفت أنه إنما يتمّ فيما إذا كانت الوصيّه متعلقه بالعين الخارجيه أو بالنسبه على نحو الإشاعه و الشركه بالعين، و أما إذا كانت متعلقه بالنسبه على نحو الشركه فى الماليه خاصه فالمتعين هو السماع.

(۲) بلا فرق فيه بين تعلق الوصيّه بالعين أو النسبه على نحويها.

(۳) الظاهر كون كلمه (السماع) من سهو القلم، فإنّ دعواهم على ما عرفت-

---

[۱] هذا إنّما يتم فى مثل الوصيّه بمعلوم كالعبد و الدار، فإنّ الإجازه حينئذ تكون نافذه و لو علم مخالفه علم المجيز لما عليه الموصى به من الماليّه، فإنّ التخلّف حينئذ من قبيل تخلّف الداعى و هو لا يضرّ بصحّه الإجازه، و أمّا فى مثل الوصيّه بالنصف مثلًا فالمجاز على تقدير اعتقاد المجيز بأنّ المال ألف درهم فرضاً إنّما هى الوصيّه بخمسمائه درهم فلا تكون الإجازه نافذه فى الزائد، و بذلك يظهر أنه لا مانع من سماع الدعوى فى هذه الصوره، إلّا أنها محتاجه إلى الإثبات لأنها مخالفه لظاهر الكلام.

[۲] لعلّه من سهو القلم، و صحيحه «يشكل القضاء».

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۶۷

[مسأله ۶: المدار فى اعتبار الثّلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصيّه]

[۳۹۱۵] مسأله ۶: المدار فى اعتبار الثّلث على حال وفاه الموصى (۱) لا حال الوصيّه، بل على حال حصول قبض الوارث للتركه (۲) إن لم تكن بيدهم حال الوفاه.

مسموعه. نعم، لا يقضى بمجردها، لكونها على خلاف الظاهر، بل لا بدّ لهم من الإثبات. فالصحيح هو كلمه (القضاء) بدلًا من (السماع).

(۱) بلا خلاف فيه.

و يقتضيه قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّهُ».

و روايه عمار بن موسى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى به كلّه فهو جائز» «۱». و غيرها

من النصوص التی تضمنت التعبیر «بما ترک» أو «ماله» أو «ما خلّف» فإن المستفاد منها کون العبره بما یترکه من بعده لا بما یملکه فعلًا.

بل و یدلّ علیه صریحاً معتبره السکونی عن أبی عبد اللّه (علیه السلام)، قال: «قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): من أوصی بثلثه ثمّ قتل خطأ، فإنّ ثلث دیته داخل فی وصیّته» «۲» و غیرها. فإنّ الدیه من الملک المتجدد له المتأخر عن الوصیّه، و قد حکم (علیه السلام) بخروج الثلث منها أیضاً.

(۲) و ذلک لما عرفت من أنّ الوصیّه إنما تکون علی نحو الإشاعه فی المالیه، فیکون ثلث المیت مشاعاً بین تمام المال.

و علیه فإذا ورد نقص علی الأموال، کان النقص علی الجمیع ثلث المیت و ثلثی الورثه بلا فرق فی ذلک بین النقص الوارد علی العین أو المالیه، فلا موجب لاختصاص أحدهما به.

و لا یقاس ذلک بالدین، حیث لا بدّ من إخراجه علی کل تقدیر، لأنه من قبیل الکلّی فی المعین، و الوصیّه من قبیل الإشاعه فی جمیع المال.

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۱۱ ح ۱۹.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ کتاب الوصایا، ب ۱۴ ح ۲.

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۶۸

فلو أوصی بحصه مشاعه کالربع أو الثلث و کان ماله بمقدار ثمّ نقص، کان النقص مشترکاً بین الوارث و الموصی. و لو زاد کانت الزیاده لهما مطلقاً، و إن کانت کثیره جدّاً. و قد یقید بما إذا لم تکن کثیره، إذ لا یعلم إرادته هذه الزیاده المتجدده، و الأصل عدم تعلق الوصیّه بها. و لکن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصیّه (۱). نعم، لو کان هناک قرینه قطعیه (۲) علی عدم إرادته الزیاده المتجدده، صحّ ما ذکر.

لكن عليه لا فرق بين كثره الزياده و قلتها.

و لو أوصى بعين معينه كانت بقدر الثلث أو أقل، ثمّ حصل نقص فى المال أو زياده فى قيمه تلك العين، بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاه، بطلت بالنسبه إلى الزائد مع عدم إجازه الوارث (٣). و إن كانت أزيد من الثلث حال الوصيّه، ثمّ زادت التركه أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصيّه فيها. و كذا الحال إذا أوصى بمقدار معيّن كلّى كمائه دينار مثلًا.

[مسأله ۷: ربّما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنه أو بكلى]

[۳۹۱۶] مسأله ۷: ربّما يحتمل فيما لو أوصى بعين معيّنه أو بكلى كمائه دينار مثلًا أنه إذا تلف من التركه بعد موت الموصى، يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبه، كما فى الحصه المشاعه، و إن كان الثلث وافياً. و ذلك بدعوى أن الوصيّه بها ترجع إلى الوصيّه بمقدار ما يساوى قيمتها، فيرجع إلى الوصيّه بحصّه مشاعه.

---

(۱) و المراد بها إطلاق كلمه «ما ترك» و «ماله» و «ما خلّف». فإن مقتضاه عدم الفرق بين ما كان موجوداً بالفعل حين الوصيّه و ما يملكه بعد ذلك، و لذا لو كانت الزياده قليله لدخلت فى الوصيّه بلا خلاف.

و يؤيده أن الناس و بحسب الغالب يتجدد لهم أموال فى الفتره بين الوصيّه و الموت فإنه خير قرينه على كون العبره بحال الوفاه لا حال الوصيّه. و مجرد كون الزياده غير متوقّعه، لا أثر له بعد شمول الإطلاق له.

(۲) و المراد بها مطلق ما يكون حجه.

(۳) لما عرفت من كون المدار فى الزياده و النقصان عن الثلث على حال الوفاه لا حال الوصيّه.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۶۹

و الأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً (۱). و رجوعهما

إلى الحصّه المشاعه فى الثلث أو فى التركه، لا وجه له، خصوصاً فى الوصيّه بالعين المعينه.

[مسأله ۸: إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقع فيها صيد بعد موته]

[۳۹۱۷] مسأله ۸: إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقع فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصيّه كما يخرج منه الديون. فلو أوصى بالثّلث أو الرّبع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلًا. و إذا أوصى بعين، و كانت أزيد من الثلث حين الموت، و خرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها (۲). و كذا إذا أوصى بكلى كمائه دينار مثلًا.

---

(۱) لإطلاقات أدلّه نفوذ الوصيّه، فإنها شامله للمقام، باعتبار أنّ الموصى به حين موت الموصى ليس زائداً على ثلثه، فلا موجب لورود النقص عليه.

على أنّ لازم ملاحظه النسبه و حمل الوصيّه بالعين أو الكلى على الحصه المشاعه هو القول بزيادتها عند زياده التركه. فلو أوصى بمائه دينار و كانت ملكيته عند ذلك تبلغ ألف دينار، و قلنا بأن هذه الوصيّه ترجع إلى الوصيّه بالعشر ثمّ زادت بعد ذلك فبلغت ألفين، كان لازم ذلك إخراج مائتى دينار للموصى له، نظراً لكونها بالفعل عشر الوصيّه. و لا أظن أن أحداً يقول به، لا سيّما إذا كان الموصى به عيناً معيّنه، فإنها لو كانت حين الوصيّه تسوى ألفاً و كانت ماليه الموصى عشره آلاف ثمّ زادت بحيث بلغت عند موته عشرين ألفاً، فلا قائل بلزوم إخراجها مع مثلها أو قيمتها، باعتبار أنّ مرجع الوصيّه حينئذ إلى الحصه المشاعه و هى العشر فى المثال.

(۲) الكلام لا بدّ و أن يفرض فيما إذا كانت الأموال مقسمه، و قد وقعت الشبكه فى حصّه الوارث ثمّ وقع فيها الصّيد. أو يفرض كون الموصى به عيْناً معينه تزيد قيمتها عن الثّلث قبل وقوع الصيد

فى الشبکه، و بعده تکون قیمتها بمقدار الثلث أو أقل. إذ لو کانت الوصیّه بالحصه المشاعه، و کان وقوع الصید فی الشبکه قبل القسمه، فلا ینبغی الإشکال فی اشتراک المیت مع الوارث فیه، و عدم اختصاص أحدهما به لاشتراک الشبکه کسائر أموال المیت بینه و بین الورثه.

و کیف کان، فالمشهور بینهم أن ما یقع فی الشبکه یکون ملکاً للمیت، و من ثمّ

موسوعه الإمام الخوئی، ج ۳۳، ص: ۳۷۰

....

ینتقل بعد إخراج دیونه و وصایاه إلی الوارث، فحاله فی ذلک حال سائر أمواله.

و لکن قد یورد علیه، بأن الصید ملک جدید للوارث، باعتبار أنه نتاج لما هو مملوک له، فالموصی أجنبی عنه، و معه فلا موجب لاشتراکه فیه.

غیر أن الحق هو ما ذهب إلیه المشهور. و ذلک لأن الصید لا یتبع الآله فی الملکیه و إنما هو تابع للصائد، و لذا لو اصطاد شخص بالشبکه المغصوبه کان الصید له دون مالک الشبکه. و حیث إن عنوان الاصطیاد و الصائد لا یصدقان علی الوارث باعتبار أنه لم یفعل شیئاً بالمره، و إنما هما صادقان علی المیت لأنه الذی تصدّی له و نصب الشبکه، یکون الصید فی جمیع التقادیر قبل القسمه و بعدها، کانت الوصیّه بعین معینه أم لا ملکاً للمیت، فیکون حاله حال سائر أمواله یخرج منها دیونه و وصایاه، ثمّ ینتقل الباقی إلی الوارث بالإرث.

بل و کذا الحال فی عکس المسأله. بأن رمی سهماً فأصاب شخصاً عمداً أو سهواً، ثمّ مات قبل موت المصاب ثمّ مات المصاب، کانت علیه الدیه، لفوات محل القصاص فی العمد، و لا یذهب دم امرئ مُسلم هدراً. و تخرج من أصل ترکته بلا خلاف فیه و إن کان القتل متأخراً.

و لیس

الحكم فى هذين المقامين إلّا لكون سبب الملكيه فى الأوّل، و الضمان فى الثانى، هو فعل الميت الموصى.

و لا يقاس ما نحن فيه بنتاج الحيوانات، كما توهمه بعض. بدعوى أنه لو كان يملك بقرتين متساويتى القيمه، فأوصى بإحداهما المعينه لزيد، ردّت الوصيّه فى الزائد حتى و لو ولدت الثانيه فأصبحت قيمه الأُولى تساوى الثلث، إذ لا ـ يكون نقص الاولى متداركاً بولد الثانيه.

فإنّه من القياس مع الفارق. فإن النتاج فى الحيوانات يكون تابعاً لُامه، على ما تقدّم الكلام فيه مفصّلًا فى مباحث نكاح العبيد و الإماء. بل و كذا الحكم فى الإنسان أيضاً، على ما اخترناه فى محله.

و عليه فلا يحتمل أن يكون المولود فى المقام مشتركاً بين الميت و الوارث، و هذا

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۷۱

بل و لو أوصى ثمّ قتل، حسبت ديته من جمله تركته، فيخرج منها الثّلث كما يخرج منها ديونه، إذا كان القتل خطأً (۱) بل و إن كان عمداً (۲) و صولحوا على

بخلاف الصيد حيث إنه يكون تابعاً للصائد دون الآله كما عرفت، فلا وجه لقياس أحدهما على الآخر.

(۱) إجماعاً و من غير خلاف ينقل.

و يقتضيه، مضافاً إلى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لرجل بوصيّه مقطوعه غير مسماه من ماله، ثلثاً أو ربعاً أو أقلّ من ذلك أو أكثر، ثمّ قتل بعد ذلك الموصى فودى، فقضى فى وصيّته أنها تنفذ من ماله و من ديته كما أوصى» «۱».

و معتبرته الأُخرى، قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصيّه من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ، يعنى الموصى؟ فقال: «يجاز لهذه الوصيّه من ماله و من

ديته» «۲».

و معتبره السكونى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام)، قال: «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): من أوصى بثلثه ثمّ قتل خطأ، فإن ثلث ديته داخل فى وصيّته» «۳».

ما عرفت من أن الوصيّه لا تلاحظ بالقياس إلى ما يملكه الموصى حالها، بل تعم مطلق ما يدخل فى ملكه و لو بعد الموت، فإن الديه منها حيث يملكها الميت أوّلًا ثمّ تنتقل إلى الورثه، على ما يستفاد من جمله من النصوص.

(۲) أمّا إخراج الدين منها فمنصوص، ففى معتبره يحيى الأزرق عن أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالًا، فأخذ أهله الديه من قاتله عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: «نعم». قلت: و هو لم يترك شيئاً، قال: إنما أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا دينه» «۴».

---

(۱) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۴ ح ۳.

(۲) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۴ ح ۱.

(۳) الوسائل، ج ۱۹ كتاب الوصايا، ب ۱۴ ح ۲.

(۴) الوسائل، ج ۱۸ كتاب التجاره، أبواب الدين و القرض، ب ۲۴ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۷۲

الديه، للنصوص الخاصه، مضافاً إلى الاعتبار، و هو كونه أحقّ بعوض نفسه من غيره.

و معتبره أبى بصير، قال: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل قتل و عليه دين و ليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله و عليه دين؟ فقال: «إنّ أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الديه للغرماء، و إلّا فلا» «۱».

و أمّا الوصيّه فهى غير منصوصه بخصوصها فى المقام. و من هنا فقد يستشكل فيها بان الواجب فى قتل العمد إنما هو القصاص، نظراً إلى كون نفس القاتل بدلًا

عن نفس المقتول، و الديه إنما تثبت بالمصالحه بين القاتل و أولياء المقتول، فهى عوض فى المصالحه الواقعه بينه و بينهم، و هذا يقتضى دخولها فى ملكهم ابتداءً، لا بعد دخولها فى ملك الميت إرثاً كى يخرج منه ديونه و وصاياه.

إلّا أن هذا الإشكال موهون، نظراً لإمكان إثبات الحكم بالتمسك مضافاً إلى صحيحه إسحاق بن عمار عن جعفر (عليه السلام): «إن رسول اللّه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) قال: إذا قبلت ديه العمد فصارت مالًا، فهى ميراث كسائر الأموال» «۲» بإطلاق صحيحه محمد بن قيس المتقدِّمه، فإنها غير مقيده بالقتل الخطائى، بل و معتبرته الأُخرى حيث إن التقييد به إنما هو فى كلام السائل دون الإمام (عليه السلام)، فلا يدلّ على الاختصاص.

و أمّا معتبره السكونى فالتقييد به و إن كان فى كلامه (عليه السلام)، إلّا أنها لا تدلّ على الاختصاص أيضاً، نظراً لكونه من قيد الموضوع، حيث إن الديه لا تكون إلّا فى القتل الخطائى. و أما القتل العمدى فالواجب هو القصاص و إن كان للوارث العفو عنه بإزاء المال، فلا تدلّ على عدم ثبوت الحكم فى القتل العمدى.

---

(۱) الوسائل، ج ۲۹ كتاب القصاص، أبواب القصاص فى النفس، ب ۵۹ ح ۱.

(۲) الوسائل، ج ۲۶ كتاب الفرائض و المواريث، أبواب موانع الإرث، ب ۱۴ ح ۱.

موسوعه الإمام الخوئى، ج ۳۳، ص: ۳۷۳

و كذا لو أخذ ديه جرحه خطأً بل أو عمداً (۱).

هذا كلّه مضافاً إلى إمكان استكشاف الحكم مما دلّ على خروج الديون منها حيث قد عرفت أنّ المستفاد منها أنهم إنما يأخذونها إرثاً من الميت لا استقلالًا و بالملكيه الابتدائيه بحيث تنتقل من الدافع إليهم مباشره، و لذا يقتسمونها قسمه الميراث، فيكون

الميراث متأخراً عن الوصيّه كما هو متأخر عن الدين.

(۱) لكونه مالكـاً لهـا فى حياته، فتنتقل إلى ورثته على حـد انتقال سائر أمواله إليهم. إلّا أن من غير الخفى أن الـديه هـذه خارجه عن محل الكلام، نظراً إلى أنها ليست من الأموال المتجدده بعد الموت، و كلامنا فيها.

نعم، لو كان مراده (قدس سره) من الجرح الجرح الواقع عليه بعد الموت، فديته و إن كانت من الأموال المتجدِّده بعد الموت، إلّا أنها لا تورث بل تصرّف فى وجوه البر، على ما هو مذكور فى محله.

و الحمد للّه أوّلًا و آخراً هذا آخر ما أدركه فهمى القاصر من محاضرات سماحه آيه اللّه العظمى السيِّد الوالد دام ظلّه شرحاً و تعليقاً على كتاب الوصيّه من العروه الوثقى.

و إنِّى إذ ابتهل إلى العلى القدير أن يحفظ سيدنا الأعظم و يطيل فى عمره الشريف ذخراً و سنداً للإسلام و المسلمين، أسأله أن يوفقنى للاستمرار فى هذا النهج، إنه سميع مجيب.

و كان الفراغ منه فى اليوم الثالث من شهر ربيع الثانى من عام أربعمائه و ثلاثه بعد الألف من الهجره النبويّه على مهاجرها آلاف الصلاه و السّلام فى مدرسه دار العلم بجواز الحضره العلويّه سلام اللّه عليه.

و أنا الأقل محمّد تقى الخوئى

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، موسوعه الإمام الخوئى، ۳۳ جلد، مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى، قم - ايران، اول، ۱۴۱۸ ه ق

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ١۴٢۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات

توسيع عام لفكرة المطالعة

تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزى
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزى ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فى طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.